parece hai

Arcoal n. 366



POR

DON FRANCISCO DE Mesa, y don Francisco Eguiluz Herencia, Cauallero de la Orden de Santiago, por si, y como marido de doña Mariana de Mesa, y los hijos de don Diego de Espina Velasco, Cauallero de la misma Orden, y doña Eluira de Lezcano su madre y curadora.

CON

Doña Maria de Sande y Mesa.

SOBRE

El mayorazgo que fundaron el Dotor Francisco de Sande, Cauallero de la Orden de Santiago, Presidente, y Capitan General que fue de Filipinas y del nueuo Reyno de Granada, y doña Ana de Mesa su muger.

TRES Son las pretensiones de don Francisco de Mesa, y consortes en este pleyto. La primera es, se declaren por bienes de mayorazgo perpetuo, è irreuocable los q̃ vincularon el Dotor Francisco de Sãde, y doña Ana de Mesa, y q̃ se han de diferir como tales, à quiẽ conforme à derecho deua suceder en ellos, muriendo doña Maria de Sande sin dexar descẽdiẽtes. La segunda pretension es, q̃ no se han de sacar del ma-

 yoraz-

yorazgo las partidas que pide doña Maria. La tercera, que ha de dar quenta de los bienes que dexaron el Dotor Francisco de Sande, y doña Ana de Mesa sus padres, y de los empleos que D. Ana deuiò hazer del vsufruto dellos, ò su remanẽte, y se declare asi mismo, que todos pertenecen al mayorazgo.

2 A estas tres pretensiones, corresponderàn otros tres Articulos, y en cada vno dellos se responderà a las oposiciones contrarias.

Articulo primero.

3 TEndrà este Articulo dos partes: en la primera se prouarà, que el mayorazgo quedò irreuocable, por las clausulas de la fundacion, por la muerte del Dotor Francisco de Sande, por la acetacion, ò acetaciones del primer llamado, y por la ratificacion de D. Ana de Mesa. En la segunda parte, que à falta de los descẽdientes de los fundadores, han de suceder sus parientes transversales.

PRIMERA PARTE.

4 NO se puede dudar de la irreuocabilidad deste mayorazgo, en la parte del Dotor Francisco de Sande, porque quãdo las clausulas de la fundacion no pudieran obrar semejante efeto, la obrara su muerte, *l. 17. l. 44. de Toro*, vbi *DD. Molin. de primo. lib. 4. c. 2. nu.* 82. y a mayor abundamiento, le confirmò en el poder que diò para testar, y sus testamentarios, y entre ellos doña Ana de Mesa, mandaron se obseruasse, Mem. n. 74. y 75.

5 La controuersia se reduze a los bienes de doña Ana de Mesa, q̃ por complacer a D. Maria su hija, quiso reuocar el mayorazgo, ya por muchos medios irreuocable, valiendose de varios pretextos, pero todos sin fundamento.

6 Porque en la escritura de fundacion, juntamente con su marido, se desapropiò del dominio de los bienes, le transfiriò en D. Frãcisco de Sande su hijo primero llamado, y en los demas sucessores, y se reseruò el vsufruto, Mem. n. 21. y qualquiera destas clausulas era bastante para hazer irreuocable el mayorazgo, *Scribentes in l. 15. & l. 44. Tau. Moli. lib. 4. c. 2. n. 9. Ant. Gom. in d. l. 44. n. 63. Gutie. lib. 3. pract. q. 65. ex n. 22. Mier. de mai. p. 1. q. 6. ex n. 1. Moli. de iust. & iur. to. 3. disp. 384. ex n. 2.* y para q̃ no faltasse alguna entrega real y presente, recibiò el Escriuano la escritura en nombre de D. Frãcisco, y por señal de possessiõ, que es otro medio por donde se hazen tambien irreuocables los mayorazgos, *l. 17. l. 44. de Toro, vbi scribentes, Mol. d. c. 2. n. 10. vbi Addit.*

7 Para mas ponderacion destas clausulas es de aduertir, que la irreuocabilidad por la entrega de los bienes, y de la escritura, en los terminos de las *lei. 17. y 44. de Tor.* se funda en congetura de la voluntad del

testa-

testador, porque presumen del, que assi declarò, que nó queria reuocar en tiempo alguno el mayorazgo, *Moli. d. c. 2. n. 25. vers. præterea, & n. 29. Auen. in l. 44. Tau. glo. 10. n. 2.* donde en la *glos. 14. n. 11.* notò muy bien, q̃ si por otros qualesquier medios constare desta voluntad, obraran el mismo efeto; y quando se transfiere la propiedad, y se reserua el vsufruto, ya no queda el punto en terminos de congetura, sino passa a declaracion expressa, pues quien solo quiso gozar de los bienes de q̃ hazia mayorazgo, en consequencia necessaria, quiso abdicar de si la facultad de disponer dellos, porq̃ como notò *Bart. in l. si quis vi, §. differentia, n. 4. ff. de acq. pos.* el dominio no es otra cosa, sino *ius de re corporali perfecte disponendi*, y esta disposicion no se concede al vsufrutuario, *l. si vsufructus, C. de vsufr. l. si vsusfruct. C. de iur. dot.* y lo vno y lo otro expressò la clausula muy viuamente. Mem. n. 21. ibi: *E desde aora para los dias de nuestras vidas, y no antes, nos desapoderamos, è desistimos, è apartamos de los dichos bienes, è de la propiedad dellos, reteniendo, como retenemos en nos el vsufruto dellos, en todo, è cada cosa dello, apoderàmos, y entregàmos al dicho nro hijo, è despues del al sucessor, y successores q̃ despues del fueren por la orden, è forma q̃ arriba està declarado, è pueda auerlos, è cobrarlos, è disponer dellos à su voluntad, como de cosa suya propia, è desde luego le damos poder para tomar la possession corporal*: donde a los sucessores se aplica el dominio, y el vsufruto a los posseedores, y assi lo reconociò D. Ana en la misma escritura de reuocacion, llamandose, *tenedora, posseedora, y vsufructuaria, mem. n* 48

8 Diràse, que la desapropiacion, y reserua de vsufruto, se hizo para despues de la muerte de los fundadores, y assi no pueden obrar efeto alguno, como lo resuelue en la clausula del constituto, *Tiraq. de iur. cõstitut. p. 3. lim. 2. ex n. 1.*

9 Pero se responde, que la causula dize, *desde aora para entonces*, y en estos terminos es valida, y eficaz, por la fuerça de la retrotraccion de vn tiempo para otro, vt ex plurib. probant, *Tiraq. vbi sup. nu. 15. Post. de manut. obs. 20. n. 38.* mayormente, que el intento de los fundadores, fue transferir desde luego la propiedad, y la possession; pero suspender sus efetos para gozar del vsufruto, y este es otro caso, en q̃ tãbiẽ es valido el instrumento para despues de la muerte, *Oldrad. cons. 114. Dec. cons. 247. col. 2. Tiraq. sup. n. 18.* de que sea euidente demonstraciõ la misma reserua del vsufruto, que no pudo hazerse sino por la vida de los fundadores, *l. 3. §. fi. ff. quib. mod. vsusfr. amitt. l. corrupt. C. de vsuf. §. finitur, inst. eod. tit. Casti. de vsuf. c. 61. ex n. 3. optimus tex. in l. Tit. cũ morietur, ff. de vsuf. Tit. cũ morietur inutiliter vsusfructus legari inetlligitur, in id tempus videlicet collatus, quo à persona discedere incipit.* Luego en este mismo tiẽpo quisieron que tuuiesse D. Francisco la propiedad, y le dierõ poder para que tomasse la possession, y por vno y otro medio renunciarõ la facultad de reuocar, como incõpatible, *l. in delictis, §. de tracta. ff. de noxal. l. mater decedens, ff. de inoffi. test. l. 4. §. eleganter, ff. de leg. commis. l. quod in hæredẽ, §. eligere, ff. de trib. l. 1. C. de furt. cũ adductis à Sur. cõs. 373. n. 20. D. Valenç. cons. 83. ex n. 63.*

constituto

10 A estas clausulas comunes en semejātes mayorazgos, se añade otra mas particular, en que los fundadores se obligaron à no alterar el mayorazgo, ni acrecentarle el vno sin el otro. Me. n. 18. ibi: *Otrosi, reservamos en nuestra facultad, para q̃ cada y quando q̃ quisieremos podamos acrecentar bienes, è haziēda en este mayorazgo, diminuir, ò quitar, ò poner otras qualesquier clausulas, y condiciones, è grauamenes, è sucession, è llamamiētos de la forma, è manera q̃ nos pareciere, con tanto q̃ lo hagamos ambos a dos, de vn acuerdo, è conformidad, y no el vno sin el otro, porque assi es concierto, e conueuiencia entre ambos a dos.*

11 Tiene esta clausula quatro ponderaciones muy dignas de reparo. La primera es, que la promesa de no reuocar, haze el mayorazgo irreuocable, *Mol. lib* 4. *c.* 2. *n.* 40. donde satisfaze à todas las oposiciones contrarias, y le siguen *Mol. el Theo. to.* 3. *disp.* 583. *ex n.* 1. *Matien. in l.* 1. *glos.* 7. *n.* 7. *ti.* 7. *lib.* 5. *Auen. l.* 44. *de Tor. glos.* 19. *n.* 2. *Gut. de iura. confi. p.* 1. *c.* 12. *& lib.* 2. *pract. c.* 77. *Casti. controu. lib.* 5. *c.* 80. *n.* 6. *& in additio. & cap.* 119. *n.* 34. y otros autores que junta el *Adicio. à Mol. d. n.* 40.

12 La segunda ponderacion es, que estos autores hablan en caso q̃ el fundador prometiò no reuocar el mayorazgo, por beneficio del primero, y los demas llamados a la sucession; pero los terminos desta clausula son muy diuersos, porque los fundadores se obligaron el vno al otro, de no acrecentar, quitar, ò diminuir, en q̃ ay cōtrato reciproco de grande fuerça para la irreuocabilidad, como lo notò al proposito *Mier. p.* 1. *q.* 23. *n.* 18. donde limitò assi el *cons.* 174. *de Oldr.* ibi: *Limita tamen prædictam concl. Oldradi, & aliorum, nisi ex scriptura maioratus, que maritus, & vxor instituerunt, constaret, quòd vnus sine altero maioratum non instituisset, neq; alioquin fecisset, quòd multis modis apparere potest; tunc enim videtur quædam conuentio reciproca, & vicissitudinaria, quā vnus, altero inuito, neq; contradicere, neq; reuocare potest*, y este discurso continua por algunos numeros, y le sigue *Casti. lib.* 2. *controu. c.* 28. *n.* 23. *&* 28.

13 La tercera pōderaciō es, que los fundadores solo se reseruarō facultad de acrecentar, quitar, diminuir clausulas, llamamientos, y condiciones, de donde se sigue, que aun ambos juntos no pudieran reuocar el mayorazgo, como lo prueua *Raud. de Annalo. lib.* 1. *c.* 30. *ex num.* 84. à quien refiere y sigue el *Adicion. de Mol. lib.* 4. *c.* 2. *n.* 18. *vers. ampliatur tertiò*, y se prueua, ò porque auiendose reseruado el vsufruto, y transferido la propiedad, tuuiera manifiesta implicacion el reseruarse facultad para desvincular los bienes; y no se ha de entender quisieron corregirse, ò encontrarse en dos clausulas tan inmediatas. *l. non ad ea, ff. de condit. & dem.* como lo discurriò en su caso *Raud. vbi proximè*; ò porque el quitar, añadir, ò poner en el mayorazgo, presupone la permanencia del mismo mayorazgo, *quia qualitas sine subiecto esse non potest, Bald. in c. significante, vers. nam accidentia de appel. Old. cons.* 203. *Mand. de priuil. ad instar. glos.* 11. *n.* 20. ò porq̃ el mayorazgo tiene por derecho su forma de suceder propia. *Mol. lib.* 1. *c.* 1. *à n.* 16. y las condiciones, grauamenes,

lla-

llamamientos, y clausulas q̃ se auian de poner, ò mudar, ò quitar, son accidentes que pudierã variar el modo, conseruando la sustancia, y su geto de la disposicion, ex adductis à *Calderin. cons. 314. ad med. Brun. de augmen. 3. q. princ. Medic. de reg. iur. reg. 6. n. 5.* y con esta aduertencia no dixo la clausula, que pudiessen quitar bienes algunos, ò porq̃ de la facultad reseruada para acrecentar, quitar, diminuir no puede arguirse para el reuocar, que es cosa mas graue, y de mayor perjuizio, ex adductis *à Bart. in l. ambitiosa, n. 11. ff. de decret. ab ord. facien.* antes reseruando la vna parte solamente, abdicaron de si la facultad para la otra, *l. Tribun. §. fi. ff. de titul. milit vbi Bald. l. cũ Prætor. ff. de iudi. idem Bal. in l. nostram, n. 2. C. de test. Dec. cons. 55. ex n. 11. Rolan. cons. 61. n. 11. vol. 3. Sur. cons. 234. n. 17 & 18.*

14 La quarta ponderacion es, que como quiera que se ayan reseruado esta facultad, no pudieron vsar della el vno sin el otro, por acuerdo, y conueniencia comun, y assi muerto el Dotor Francisco de Sãde, quedò el mayorazgo absolutamẽte irreuocable, y no le pudo alterar D. Ana de Mesa, porq̃ era necessario para ello acuerdo de ambos, y faltò en auiẽdo faltado el vno dellos. *c. de vno delegato. de offi. deleg.* & in specie tradunt *Suar. in l. quoniam in prioribus, lim. 5. n. 13. & ex Ias. in l. cũ alienam, C. de legat. & in l. cũ proponas, C. de pact.* tradunt *Guill. Bened. in c. Rainunt. de test. verb. condidit. el primero n. 2. Moli. Mier. Castill.* & fere omnes proximè ralati, quia in hoc casu iudicium viui dicitur accedere iudicio mortui, vt optimè dixit *Bald. in l. humanitatis. n. 37. C. de impub.*

15 Replicase por parte de doña Maria de Sande, diziendo, que esta clausula se ha de entender del tiempo en que los dos viuieron, pero muerto el vno, pudo el otro reuocar por su parte el mayorazgo, ò en virtud de la facultad, ò por la permision de las leyes del Reyno, *ex Mol. lib. 4. c. 2. n. 82.*

16 Esta interpretacion se conuence, porque el intento de los fundadores, fue preuenir, que no se pudiera reuocar, ni alterar por vno dellos lo que se auia dispuesto de comun acuerdo, y que no quedasse defraudado quien faltasse primero, y siguiendo el cons. de *Mier. p. 1. q. 23. n. 11. vers. ad ea autem,* eligieron este medio, y fue muy proporcionado, porque aquellas palabras, *ambos a dos,* y las otras, *y no el vno sin el otro,* atribuyeron la facultad reseruada a los dos juntamente, y cessò en ellos, muerto el vno, como lo prueua en los juezes el *c. vno delegatorum,* ibi: *Vno delegatorum, vel arbitrorum, sicut proponis, rebus humanis exempto, eorum officium expirauit,* donde la *glos. verbo delegatorum,* dà la razon, *Quia cũ alter, sine altero procedere non possit, per mortem vnius finitur iurisditio alterius vbi scribentes, & in l. vni. l. duo ex tribus, ff. de re iud. Meno. cons. 340. numer. 1.* y lo mismo procede en los arbitros, *l. item si vnus, §. si in plures, l. si in tres, l. sicuti, ff. de arbitr.* y en los testamentos, *cap. fin. §. fi. de test. li. 6.* ibi: *Nisi testator aliud expresserit,* dõde la glossa explicò, *vt quia vetuit ne alter. sine altero procedere, notant ibi Doctores. Bartul. cons. 147. lib. 2. Costa de ratione rat. q. 57. n. 8. Giurb. ad consuetud. Mesan. 12. gl. s.*

10.*n*.41. y en los tutores, ò curadores, *Bald cons. 308. vol. 2. Fran. decis. 281. n. 2. Crau. cons. 690. n. 3. Costa, & Giuru. vbi proximè*, y todos los Autores que tratan de clausulas, distinguen entre la clausula, *quod si non omnes*, y la clausula, *ne alter, sine altero*; en la primera dizen, que se dà juridicion, y autoridad à cada vno en falta, ò impedimento de los demas, y con la otra reside en todos indiuisiblemente, y no puede el vno exercerla sin el otro, en qualquier caso que suceda, vt videre est apud *Barbos. de claus. 125. per tot. maximè num. 3.* Y aun que estas resoluciones proceden en los que disponen por delegacion, ò comision, ò poder ageno, se aplican mucho al caso, porque todas dependen de la inteligencia natural, y facil de las palabras, *ne alter, sine altero.*

17 Esta question propuso *Mier. par. 1. quæst. 23. num. 153.* en la facultad dada con clausula, de que el vno de los fundadores no puede reuocar el mayorazgo sin el otro, y resuelue, que muerto qualquiera de ellos quedara irrevocable, *licet id cautum in scriptura non sit*; y dà la razon: *Quia eo ipso quòd vtuntur tali facultate, videntur eam acceptare, & ad eam executionem deducere cum omnibus suis qualitatibus.* Luego mas precisa ha de ser la irreuocabilidad donde los fundadores pusieron esta clausula.

18 A que se añade, que doña Ana jurò la escritura, obligandose, de tenerla, guardarla, y cumplirla, y de no oponerse contra ella. Memor. nu. 21. Y juntando el juramento al pacto precedente, de no acrecentar, quitar, ò mudar el vno sin el otro, quedò mas seguro, è irreuocable el mayorazgo, ex *Molin. lib. 4. cap. 2. num. 55. & 56, Gutierr. libr. 1. pract. quæst. 22. & de iuramen. confirm. part. 1. cap. 37. Auendañ. l. 44. Taur. gloss. 18. Mier. part. 1. quæst. 22.* cum alijs adductis, ab *Additionator. Molin. dict. num. 55.* Y para este efeto bastàra la obligacion sola, de no contrauenir, è impugnar, como lo resuelue *Molin. supr. num. 51. vers. Contrariam autem opinionem*, donde dize, que se ha de platicar assi: *Quando adeò enixè iuramentum de non contraueniendo appositum sit, vt etiam reuocationem præcisè comprehendere videatur*: Circunstancia propia deste caso, donde se añadiò al juramento de no impugnar la escritura, que no pediria doña Ana los bienes contenidos en ella por dote, y arras, y otros derechos, y la razõ desta promessa no fue otra, sino auerlos vinculado irreuocablemente con la desapropiacion del dominio, la reserua del vsufruto, y las demas clausulas, que todas hazen para el intento grande consonancia.

19 Vsando de la reserua, para acrecentar, quitar, ò mudar, otorgaron despues los fundadores dos escrituras, en que añadieron al mayorazgo todos los bienes que adquiriessen despues, y dexassen al tiempo de su muerte, y los empleos que precediessen dellos, Memor. nume. 23. declararon, y estendieron algunas partes de la primera fundacion; ordenaron, que por muerte del vno, administrasse el otro los bienes, y hazienda del mayorazgo, con cargo de alimentar de los fru

tos

tos a todos los hijos, dotar à las hijas, gastar en si con moderacion, y emplear en beneficio del mayorazgo lo que sobrasse, Memor.num. 77. señalaron alimentos en lugar de legitima a los demas hijos, dispusieron, que saliessen de los frutos de los bienes vinculados, sacando ante todas cosas los alimentos del fundador, que sobreuiuiesse, Memor.num. 36. 37. y 38. y en ambas escrituras boluieron a poner la misma reserua, de acrecentar, quitar, ò mudar ambos, y no el vno sin el otro, y añadieron: *Y para mayor validacion, prometen, y se obligan de guardar, y cumplir todo lo que les toca, y de no ir contra ello, ni lo reuocar, ni limitar, ni reclamar, ni contradezir el vno sin el otro en ningun tiempo*: y à todo se siguiò tambien el juramento de doña Ana, Memor.num. 27. y 42.

20 En estas clasulas es de aduertir. Lo primero, que los fundadores declararon, que la reserua era solamente para diminuir, quitar, y poner otras qualesquiera clausulas, condiciones, y grauamenes Memor.nume. 22. y 29. y esta es la mas propia, y segura interpretacion, *l. ex facto, ff. de vulgar. cùm venissent de iudic. Mantic. libr. 3. de coniect. titul. 1. num. 1. Castill. lib. 3. controuer. cap. 10. num. 36. Prætis de interpret. vltim. volunt. libr. 1. interpret. 1. dubit. 3. solut. 2.* Lo segundo se aduierte, que los aditamẽtos, y declaraciones dan a conocer, que la reserua no se encaminò a reuocar el mayorazgo, sino a acrecentarle, y darle forma, y siempre de los Actos subsiguientes, se percibe qual fue el intento en los primeros, *l. sed Iulianus, §. proinde, ff. ad Macedon. Natta cons. 192. num. 4. Roland. cons. 54. num. 24. volum. 2. Surd. cons. 150. num. 93.* Lo tercero, auiendose dexado el vno al otro fundador la administracion de todos los bienes del mayorazgo, celebraron otro contrato oneroso, y reciproco, de donde resultò, que entrando en ella, doña Ana, quedò mas obligada a no reuocar, como lo notò al proposito *Mier. 1. q. 23. n. 19. y 20.* y lo prueua la Glossa Singular, *in l. licet, verbo, mortis, C. de pactis, quam* ibi sequuntur *Doctores* Lo quarto, el vsufructo reseruado en la primera escritura, se reduxo à administracion, y alimentos; y asi no se puede conceder al administrador, que altere, y reuoque, y mucho menos al alimentado. Lo quinto, la obligacion de emplear en augmento del mayorazgo lo que restasse de los frutos, no es compatible con la autoridad de deshazerle, que se quiso atribuir Doña Ana de Mesa; y ha de tener aun mucha mas eficacia, que el pacto de no reuocar, y la reserua de vsufructo, sobre que se discurriò desde el num. 6. Lo sexto, diziendo, que en ningun tiempo reuocarian el vno sin el otro, ni reclamarian lo dispuesto en estas escrituras. Declararõ mas, que despues de la muerte de qualquiera de los dos, auia de quedar prohibido de contradecir, y reuocar el que sobreuiuiesse, por la fuerça de las palabras negatiuas, *en ningun tiempo: de quibus Barbos. dict. n. 229.*

21 Tambien conduze mucho para la irreuocabilidad, el auerse reiterado, y confirmado dos vezes la fundacion del mayorazgo, porque

que como el punto depende de la voluntad congeturada de los fundadores, segun lo que se dixo en el numero 7. con añadir vnas escrituras à otras, manifestaron, que su intento era, dexar el mayorazgo irreuocable, y perfecto; y assi *Mieres 1. part. quæst. 22. num. 82.* puso por conclusion: *Quòd si pater faciat bis eumdem maiuratum in eumdem filium, de eisdem bonis non licebit ei maioratum reuocare, quàmuis non tradiderit possessionem, aut scripturam, aut contractus factus fuerit cum tertio*, y aqui las escrituras se otorgaron siempre en mayor aumento del mayorazgo.

22 Muerto el Doctor Francisco de Sande, doña Ana, y los demas testamentarios, mandaron que se guardassen las escrituras de mayorazgo; reconociendo, que ya no se podian alterar, Memor. num. 75. ibi: *Sin que por esta clausula sea visto querer intentar, como no se puede alterar, ni innouar la voluntad, y obligaciones, y fundaciones de mayorazgo, que por escrituras tienen fechas, y otorgadas sus Señorias de los dichos Señores Doct. Francisco de Sande, y doña Ana de Mesa su muger, las quales segun el poder que tenemos para testar, y la disposicion de los dichos Señores, mandamos se guarden, cumplan, y executen, y en caso necessario, que se pueda, y deua hazer en quanto ha lugar de derecho, se confirman, y aprueuan.* Y se trataua alli de la restitucion del dote, y arras de doña Ana, y se tuuo por presupuesto cierto, que el mayorazgo por su parte, ya no se podia reuocar, cuya inteligencia por ser de la misma fundadora, no puede impugnarse, *ex adductis suprà num. 20.*

23 Despues tomò à su cargo doña Ana la administracion de todos los bienes del mayorazgo, como lo prueuan las escrituras de los *numeros* 43.44.45. *y* 47. *vers. y porque* 148. donde se llama, *tenedora, posseedora, y vsufructuaria*; y assi quedò executado aquel contrato, en que los dos fundadores se dexaron el vno al otro la administracion, y vsufructo, o alimentos que ponderàmos en el numero 7. para la irreuocabilidad; y assi esta administracion acetada tiene dos efectos muy considerables, el vno, es el reconocimiento de que el mayorazgo quedaua ya irrevocable, segun la inteligencia de doña Ana, a que se deue mucho diferir por ser la fundadora, como se notò en el *n.* 20. El otro efeto es, que se aprouò de nueuo el mayorazgo, porque si doña Ana le quisiera impugnar, auia de diuidir los bienes, y entregar a don Francisco los que tocauan al mayorazgo de su padre, y señalar de ellos alimentos en lugar de legitima a los demas hijos: y assi el administrarlos todos, como vnidos en vn mayorazgo fue ratificarle, porque no pudiera tener esta forma de administracion en bienes comunes, sino en virtud del contrato comun, y reciproco que auia celebrado con su marido, que es en lo que consiste la ratificacion, *Innoc. in c. super hoc, n. 2. vbi Ioan. And. & Ant de Butr. de renunt. Bart. in l. si per vim, nu. 2. C. de his quæ vi. Socin. in cons. 24. n. 46. lib. 1. Crauet. cons. 197. n. 12. Menoc. cons. 1158. n. 8. Ludou. decis. 311. n. 17.*

24 Mas expressamẽte reconocio D. Ana esta irreuocabilidad en la vẽ

ta

ta de las tierras de Villauerde, porque auiendolas vinculado, y siendo de poco prouecho, pidio facultad en la Camara para venderlas, y subrogar por ellas 27U. reales de principal en vn juro sobre la Mesa Maestral de Calatraua, hizose informacion de vtilidad, citose a don Francisco, como sucessor inmediato; dio su consentimiento; concediose la licencia con calidad, que el tercero se tuuiesse perpetuamente con las mismas clausulas, condiciones, y grauamenes, y en esta conformidad hizo doña Ana la subrogacion, e incorporacion del juro, y despues vendio las tierras como posseedora del mayorazgo, y en nombre de don Francisco, como sucessor en el, y de los demas sucessores, y como señora de la Encomienda de Moratallez, a quien pertenecian las tierras, *mem.n.43. 44. y 45.* en que es de ponderar. Lo vno, que tuuo doña Ana por irreuocable el mayorazgo; pues impetrò la facultad para la venta, y subrogacion, diligencia no solo vana, si le pudiera reuocar, *ex l.1. C.de Thesaur.lib.11.* sino de mucho perjuyzio, por el reconocimiento. Lo segundo, que aquellas tierras eran suyas, como lo dize la misma venta, y se auia dicho en la escritura de fundacion, *mem.n. 3. fol. 6.* y solo con venderlas por autoridad propia exercia vn acto de reuocacion, si fuera el mayorazgo reuocable, *l.fideicom.§.si item, ff.de leg.3.* cum adductis à *Mier.de maior.p.1.q.43.n.70. & 71.* Lo tercero, hizo la venta, como posseedora del mayorazgo, por la administracion, o vsufruto, y en nombre de don Francisco, y de los demas sucessores, y se valio de su consentimiento, q̃ todo es demostracion de vn mayorazgo irreuocable. Finalmente todos estos actos juntos son vna manifiesta aprouacion del mayorazgo, y su irreuocabilidad, por auerse hecho en virtud de lo paccionado en el, y es regla cierta, y general, que el que para hazer vn acto, toma por presupuesto lo capitulado en vna escritura, con hazerle, ratifica, y aprueua todo lo contenido en ella, *Bald.cons.34.n.1.vol.2 Tiraq.de constit.poss.p.3.limit.30.n.12. Cran.cons.159.n.5.Surd.cons.60.nu.11.cum seqq.vol.1.* de tal suerte, que no puede despues en ningun tiempo impugnar esta aprouacion, *Surd.d.cons.60.n.13.* Ni estando mostrado con tantos actos pudo despues doña Ana de Mesa para reuocar el mayorazgo, fundarse en la reserua, à si, porque esta fue para añadir, y quitar ambos juntos, y no el vno sin el otro, como porque quando fuera para poderlo hazer el vno de losdos, solo con actos tã contrarios, la auia renunciado doña Ana, *l.cùm in plures, §.locator horrei, ff.locat.c. 1. de his quæ vi met.ve caus.fiunt, C.solicitudinem de appell. Bart. & Ias. & communiter scribent. in l. non solum, §.morte, ff.de nou.op.nunt. Zeuall.cum contr. com.q.490. Menoch. cons.811 n.73.* Y aunque estos Autores hablan en protestas, de la misma calidad son las reseruas, *Ias.in d.§.morte, n.48. Menoch.d.cons.811.n.72.*

25 Por qualquiera de los fundamentos propuestos se prueua eficazmente la irreuocabilidad del mayorazgo, y todos se confirmaran mucho, respondiẽdo a las oposiciones contrarias, que son los pretextos de que se valio doña Ana de Mesa para la reuocacion.

OPOSICION PRIMERA.

26 DIzen, que los mayorazgos, aunque se funden con pacto de no reuocar, reserua de vsufruto, y otras clausulas semejantes, quedan siempre reuocables hasta la aceptacion del primer llamado, *ex Mol. lib.4.c 2 n.* 68. y que don Francisco murio sin acetar este mayorazgo...

carle doña Ana de Mesa, y no consentirle doña Maria de Sande, y este fue su principal presupuesto, como parece del *mem. n. 47. y 48.*

27 Aque se responde por dos medios. El vno, que no es necessaria aceptació para la irreuocabilidad, y el otro que se aceptò el mayorazgo antes de la reuocacion.

28 Supuesta la *l. 2. tit. 16. lib. 5. de la Recop.* no es necessario, que la donacion se acepte, y este es el mas comun sentimiento de los Autores del Reino, ita *Rodrig. Xuar. Greg. Lop. Ant. Gom. Menchaca. Villalp. Diego Perez, Dueñas, Matiē ço, Angelo, Mol. el Theol. Palacios, Ludou. Lop.* referidos por *Thom. Sanchez de matrim. lib. 1. disput. 6. n. 18.* y demas dellos defienden la misma opinion *Parlad. lib. 2. c. 3. n. 36. Ferdinand. Mendoça, disputat. lib. 3. c. 9. q. 5. n. 37. y 38. Zeual. com. tom. 1. q. 54. in fin. Paz al. 187. stili. n. 3. Villadiego ad l. 3. & 5. lib. 2. for. Ses. decis. 189. ex n. 20. Flor. de Men. ad Gam. decis. 8. Castil. lib. 6. 4. controuers. c. 37. n. 45. & lib. 5. c. 80. n. 16. Carrança de partic. c. 2. §. 3. n. 6.* donde pondera docta- mente la *l. 2.* y aduiertese en el vers. *Tertiò respondet*, que no solo quitò la for malidad de las estipulaciones, sino la diferencia delos contratos hechos en tre los ausentes, y los presentes, y de la manera, que estando presente la per sona enquien se funda el mayorazgo, se tiene por acetado, como lo recono cen los Autores de la opinion contraria, & præcipuè *Mol. d. c. 2. nu. 72. Gu. tier. in c. quamuis pactum in princ. n. 58. Thom. Sanch. d. disput. 6. n. 11.* Assi dispo- niendo la ley, que a ninguna promesa, contrato, v obligacion se le pueda o- poner que fue heeha entre ausentes, dispone tambien, que la acetacion no sea necessario, y que las clausulas del mayorazgo tengan en vno, y otro ca- so igual eficacia.

29 A que se añade, que si bien por derecho antiguo auia de interuenir estipu lacion, o entrega para el valor de la donacion, y en cõsequencia la auia de acetar el ausente, *l. absente, ff. de donat. l. qui absenti, ff. de adquir. poss. glos. in l. nec am bigi, C. de donat.* Introduxo nueuamente *Iustiniano in l. si quis argentũ, §. sin autẽ, C. de donat.* que la voluntad de donar fuesse bastante para queel donante que dasse eficazmente obligado, ibi: *Nihilominus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc, quòd donare existimauerit,* & infra, *& necessitatem habeat donator omni modo, vel res, vel partem substantiæ, quam nominauit, vel totam substantiam trade re.* Et rursus, *non quibusdam ex cogitatis artibus suum propositum defraudare.* de don de notò *Ant. Fabr. decid. 44. er. 2. n. 19. & er. 4. n. 7.* que qualquiera testifica- cion de voluntad deliberada es suficiente, para que la donacion quede irre uocable, y que no solo no es necessaria estipulacion, pero ni pacto nudo, v otra conuencion alguna, y en la *Decad. 47. err. 1. 2. 3. & 4.* defiende con gran des fundamentos, que tãpoco es necessaria acetacion, y a la verdad no pue den tener otro efeto aquellas palabras, *non ex hoc inutilis sit donatio, quòd res nõ traditæ sunt, nec conformetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam, & secundũ legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur.* En que se dize expressamente, que a la voluntad sola de donar ha de seguirse la obligacion de entregar los bienes donados, sin algun acto intermedio; de otra manera seria vana, e inutil la prouision de la ley, pues por derecho antiguo, auiendo entre los ausentes entrega, quedaua irreuocable la dona cion, *d. l. absenti, ff. de donat.* y assi quitada la necessidad de la estipulacion, o entrega, luego como la donacion se haze, y antes que se acete, ha de tener

la misma fuerça, que si se huuiera entregado, ò estipulado; y aunque se aya de acetar despues por el donatario, no es porque depende la irreuocabilidad de la acetacion, sino para q̃ se le adquiera perfectamente, como lo notò *Anton. Fab. en la Decad. 47. err. 1. n. 3. & 4. Angu. de melior. l. 1. glos. 5. num. 28. vers. ex quibus*, de que es argumento *el cap. si tibi absenti de Præb. lib. 6.* donde la prouision del beneficio, hecha en fauor del ausente, no es reuocable, aunq̃ la adquisicion depende de la acetacion del proueido; luego de auerse de acetar la donacion, no se sigue el poderse revocar.

30 Y aunque *Mol. d. lib. 4. c. 2. n. 66. vers. quæ omnia*, fue de parecer, que en los mayorazgos era mas precisa la acetacion, por las condiciones, y grauamenes con que se suelen fundar, notò muy bien *Mol. de iust. & iur. disp. 387. n. 1.* que nunca eran de tal calidad, que hiziessen grauosa la donacion; mayormẽte quando se vinculan tantos bienes, y se grauan las legitimas de los otros hijos, porque es entonces grande, y notoria la conueniencia de aquel en cuyo fauor se funda el mayorazgo; demas de que el argumento de Molina no concluye, porque como se notò en el num. antecedente. Vna cosa es no poder reuocar la donacion el donante, y otra adquirirse irreuocablemente al donatario: para lo primero no es necessaria la acetacion: para lo segundo es precisa, porque el beneficio ha de ser voluntario, y no forçoso, *l. hoc iure, §. non potest, ff. de donat. l. inuito, l. inuitus, §. 1. ff. de reg. iur.* y con otra inteligencia serian siempre reuocables los mayorazgos, respeto de los sucessores siguientes, como lo aduirtiò *Mol. el Theo. vbi proximè omnino videndus.*

31 Aqui ay tres circunstancias particulares, que sacan el punto de toda disputa: la vna es, que fue conueniencia, y acuerdo entre los fundadores, q̃ no auian de quitar, ni diminuir el vno sin el otro; y asi no ha de considerarse el mayorazgo, como donacion de su naturaleza reuocable hecha à fauor de don Francisco, sino como contrato oneroso, en que el Doctor Francisco de Sande, y doña Ana de Mesa se obligaron à tener vnidos en el mayorazgo los bienes comunes, y à que fuesse de vna conformidad todo lo que se dispusiesse a cerca dellos, como se prouò desde el num. 10. y segun estos terminos no era necessaria acetacion, ni clausula alguna de irrevocabilidad, *optimè Mier. p. 1. q. 23. n. 28.* donde explicando *las leyes 17. y 44. de Toro*, dize: *Quòd loquuntur in contractu facto cum filio ob viam maioratus, vel meliorationis, non in contractu facto inter maritum, & vxorem de non reuocando maioratum, vel meliorationem.* La segunda circunstancia es, que se dexaron la administracion de sus bienes, el vno al otro, que fue tambien contrato reciproco, y oneroso, y à que se deue dar la misma fuerça, como se prouò en el num. 12. La tercera circunstancia es, que los fundadores se declararon por muchos medios, que hazian el mayorazgo desde luego irreuocable; y en estos terminos aduirtiò muy biẽ *Hermosil. ad Greg. en la l. 4. ti. 4. glos. 1. n. 27. in fin. & n. 37.* que no se podia revocar la donacion, aunque no estuuiesse acetada.

32 Quando fuera necessaria acetacion, ay tres acetaciones en este mayorazgo. La vna es del Escriuano, Mem. num. 21. ibi: *E enseñal de possesion le otorgamos esta escritura publica de institucion, è fundacion del dicho mayorazgo. E pedimos se dè traslado della al presente Escriuano, como persona publica, ante quien se otorgò la acete por el dicho nuestro hijo, y sucessores, porque assi lo queremos ...*

de pedimento de los dichos Señores otorgantes, la acetò en nombre del dicho Don Francisco de Sande, è successores: y aun que *Molin. dict. lib. 4. cap. 2. num. 63. Thom. Sanchez de matrimon. lib. 1. disp. 7. num. 11.* sintieron, que sin embargo de la acetacion del Escrivano queda reuocable el mayorazgo, ò donacion, es mas comun la opinion contraria de *Coua. de testa. p. 3. n. 13. ex lib. 1. var. c. 14. nu. 11. & 13. Gut. in c. quamuis pactum in prin. n. 54. Matien. in l. 3. glos. 2. n. 10. tit. 10. lib. 5. Moli. The. tom. 2. disp. 264. §. 4.* è irrevocables Autores que juntò *Anton. de Amat. resol. 30. num. 4.* donde en el num. 6. concuerda el encuentro de opiniones, diziendo: Que si bien la acetacion del Escriuano no es bastante à que con ella sola se adquiera irrevocable derecho al donatario, sin su acetaciõ, obra à lo menos el que no la pueda revocar el donante. Y conforme à esta inteligencia, y distincion lo ha juzgado siempre la Rota, como refiere *Oliu. Belt. ad Alex. Ludou decis. 97. n. 8. idem Alex. Ludou. decis. 567. nu. 3.* y se confirma con la *l. 20. tit. 16. lib. 5. de la Recop.* en aquellas palabras, *O que fue hecha à otra persona priuada, en nombre de otros, entre otros*, quàm in id expendunt *Greg. Lop. l. 3. tit. 11. p. 5. verbo, Tercera persona. Coua. in c. quamuis pactum, p. 2. §. 4. num. 10. vers. 13. Matien. d. l. 2. glos. 5. n. 6. Gut. de iuram. p. 1. c. 36. n. 3. Mol. Theo. vbi sup. optimè Augu. de melio. l. 5. gl. 5. n. 31.* y la respuesta que dà à esta ley *Tho. Sã. sup. n. 28.* se conuence manifiestamente, porque siendo valida la promessa q̃ se haze à vno en nombre de otro, ha de quedar irreuocable, ò ha de ser vana, è ilusoria la nueua disposicion de la ley, pues en vno y otro caso quieren los Autores contrarios, que la donacion quede sugeta à revocarse, hasta q̃ el donatario la acete.

33 En la clausula referida, admite menos controuersia la irrevocabilidad del mayorazgo, porque *Molina* se funda en la razon de la *ley qui absenti, ff. de acquirend. posses.* ibi: *Qui absenti seruo scribit, vt in libertate moretur, non eam mentem habet, vt statim vellit possessionem dimittere, sed magis destinationem suam in id tempus conferre, quo seruus certior factus fuerit.* Y no puede hazer esta congetura, donde los fundadores pidieron al Escriuano, que acetasse el mayorazgo por don Francisco, y los demas sucessores, pues asi se dieron à entender, que su voluntad era, suplir la vna acetacion con la otra; y que desde luego quedasse el mayorazgo perfecto, è irrevocable, y de otra suerte auria sido vanissima aquella cautela, *quæ non debet esse sine virtute operandi*, como dixo *Bal. in rub. C. de contrah. empt. n 8.*

34 La segunda acetacion està en la edad que tenia entonces don Francisco, porque era menor de siete años, Meni. num. 66. Y asi se tiene por acetada la donacion hecha en su favor, *vt ex l. iubemus, C. de iur. delib. probant Dec. cons. 245. num. 3. Molin. dict. cap. 2. num. 75. Burg. de Paz, q. 10. ciuili, num. 3. Aceued. in dict. l. 2. tit. 16. lib. 5. num. 22. Iuan Gutierr. cons. 20. num. 7. Valençuela cons. 63. num. 25. volum. 1.* y otros muchos Autores que refiere, y sigue *Amat. d. resolut. 30. num. 15.* y aqui interuino la acetacion del Escriuano, como persona publica, que tiene la misma eficacia, que si don Francisco siendo de mas edad acetara el mayorazgo, *vt tradunt Mier. p. 2. q. 41. in princ. & pertot. Angul. d. l. 5. glos. 5. num. 26. Hermosil. ad Greg. in l. 4. tit. 4. glos. 1. nu. 44* y se prueua *in l. 2. 3. & 4. ff. rem. pup. salu. for. l. 1. §. exigere, ff. de magist. conuenien. l. non ali-* [illegible] *ab Angul. vbi proximè*, y asi lo reconociò *Moli.*

35 La vltima aceptacion se prueua con los Autos que passaron en la venta de las tierras de Villauerde, y subrogacion del juro, porque fue entonces citado don Francisco, como inmediato sucessor, y dio su consentimiento. De donde se sigue, o que no era necessario acetar el mayorazgo, como se prouò, desde el *n.* 28. o que le auia antes acetado, pues se hizo presupuesto, de que estaua ya perfeto, y por esta causa se pidio la facultad, y se hizieron las diligencias para la venta, y como la acetacion es acto fauorable en las donaciones, se presume facilmente ex adductis à *Mol. lib* 4. *c.* 2. *n.* 76. *Thom. Sanch. lib. 6. de matrim. dis. 6. n.* 11. *Surd. decis. 206. n fin. & decis.* 111. *n.* 12. ibi: *Nã acceptatio præsumitur eo ipso, quòd suponimus eum habuisse notitiã donationis, quia actus est delectabilis.* Y quando no huuiera precedido antes, la huuo en aquel cõsentimiento dado a titulo de sucessor inmediato, *l. gerit, l. pro hærede, ff. de acquir. hæred.* cum adductis, *sup. n.* 23. y lo que mas es, la noticia sola del mayorazgo bastara paraque se presumiera la acetacion, *Guid. Pap. q.* 23. *n.* 12. *Cæphal. cons.* 33. *n.* 19. *Roland. cons.* 19. *n.* 34. *lib.* 1. *Menoch. cons.* 9. *n.* 66. y *Surd. decis.* 206. *n fin.* Y esta misma noticia, a no estar prouada cõ la notificacion, la presume el derecho, ex coniunctione sanguinis para el mismo efeto, *Menoch. cons.* 371. *n.* 19. *Surd. d. decis.* 111. *n.* 13. Mayormente en aquel caso, donde la notificacion auia de dar motiuo a don Francisco para repudiar el mayorazgo, y pedir la legitima de su padre, y no solamente no la pidio, sino q̃ consintio la venta, y subrogacion, porque le era de muchas conueniencias el acetar, y consentir, y como quiera, que no repudiasse el mayorazgo, fue lo mismo q̃ auerle acetado, porque como dixo *Bart. in l. quo enim, ff. rem rat. haberi, quando actus respicit acquisitionẽ, quæ fieri debet non improbare, approbare est, Menoch. d. cons.* 371. *n.* 21.

OPOSICION SEGVNDA.

36 Dizen, que el mayorazgo hecho cõ facultad se puede reuocar en qualquier tiempo, *l.* 44. *de Tor.* Sino se renuncia expressamente *Mol. libr.* 4. *c.* 2. *n.* 78. a que añaden, que la facultad, en cuya virtud se instituyò este mayorazgo, dize expressamente, *e para que vos los dichos Francisco de Sande, e doña Ana de Mesa en vuestra vida, o al tiempo de vuestro fin, y muerte, cada, y quando que quisieredes podais quitar, y acrecentar, corregir, reuocar, y enmẽdar el dicho mayorazgo, e los vinculos, e cõdiciones, con que lo hizieredes en todo, o en parte dello, e deshazerlo, e tornar lo a hazer de nueuo, y vna, y muchas vezes, y cada cosa, y parte dello a vuestra libre volũtad, mem. fol.* 4.

37 La resolucion mas cierta es, que el mayorazgo instituido con facultad real, se haze irreuocable, si ay pacto, o promesa de no reuocar, como lo defiende *Gutier. lib.* 2. *pract. q.* 77. *vers. Nihilominus tamen.* reprouando à *Mier.* y lo mismo sintio *Mol. lib.* 4. *c.* 2. *n.* 40. y su *Addicionador en el n.* 78. *y* 79. dõde dize, que el pacto de no reuocar, obra lo mismo, que la renunciacion de la facultad, y da vna razon muy concluyente. *Nã cùm sit quid incompatibile maioratum reuocari posse virtute facultatis Regiæ, & non posse ratione pacti de non reuocando, succedit regula, quòd inter duo incompatibilia positio vnius inducit renuntiationem alterius,* y el mismo discurso auia hecho antes *Gutier. d. q.* 77. *vers. & vero,* y *Mol. d. nu.* 78. no se aparta desta conclusion, que el mismo auia enseñado en el *nu.* 40. porque alli mueue otra question muy diuersa; conuiene a saber, si el mayorazgo en virtud de la facultad concedida con clausula...

vna, y muchas vezes, quedarà irreuocable por la entrega de los bienes, o
de la escritura, o por la causa onerosa, y resuelue, que sin embargo podrà re
uocarse; y aconseja, que se renuncie la facultad, porque con la renunciaciō
se prueua la voluntad de no reuocar; demanera, que como conste desta vo-
luntad, o sea renunciando, o prometiendo, queda firme, y perpetuo el ma-
yorazgo.

38 La razon de diferencia entre la question de *Mol.* y el pacto de no reuocar
es, que en los terminos de la *l.44. de Toro.* la irreuocabilidad, que resulta
de la entrega, possession, o contrato oneroso, se induze mas por disposiciō
de derecho, que por voluntad de los fundadores: pero el pacto de no reuo-
car es hecho suyo, y se opone derechamente a la licencia de reuocar, y de-
clara, que el intento fue hazer el mayorazgo irreuocable, como lo nota *Ca
stil.lib.5.c.80.in additione*: y assi la facultad no obra contra esta voluntad ex-
pressa, porque su intento no es introduzir irreuocabilidad absoluta en los
mayorazgos, ni oponerse a la disposicion deliberada de los fundadores, q̃
quisieron dexarlos desde luego irreuocables, por razon, y cōueniencias par
ticulares, porque como dixo la *l.omnium, C.de testam. voluntates hominum audi-
re volumus, non iubere.* Lo que quiso fue dispensar con ellos, para que los pue-
dan reuocar en los tres casos, en que el mismo Principe, que concedio la fa
cultad los auia hecho reuocables, por la *l.44.de Toro*, y assi lo reconocio *Mo
lin.d.n.78.& 79.* resoluiendo, que se podia renunciar la facultad, y fuera de
la razon de diferencia, q̃ se acaba de notar, concurren otras dos muy consi
derables. Vna, que en el pacto de no reuocar se declara mas el animo del
que dispone, y ay voluntad expressa suya, con que el pacto es mas cōtrario
a la reserua de poder reuocar, concedida en la facultad q̃ los demas actos
de irreuocabilidad, entrega de possession, o instrumento, y causa onerosa
expressados en la *l.44.de Toro.* Otra, que el poder reuocar en virtud de la fa
facultad, es limitacion de la dicha *l.44.* ibi: *Saluo, si en el poder, &c.* Y esta limi
tacion comprehende solo los actos de irreuocabilidad expressados en la
ley, en que no lo està el pacto de no reuocar, como vno, y otro lo considera
doctamente *Iuan Gutier.d.lib.2.pract.c.77.* vers. *Nihilominus.*

39 Aqui concurren algunas circunstancias muy particulares. La primera
es, que los fundadores no se reseruaron absolutamente esta facultad, sino
con limitacion para diminuir, quitar, ò poner qualesquiera condiciones, o
grauamenes, e assi la renunciaron en quāto a la reuocacion, *ex l.quæsitū, §.
idem respondit, vbi glos. verb. non potest, ff. de fund. instr. Couar. lib. 2. c. 5. n. 6. Surd.
cons. 230. n. 17.* La otra circunstancia es, que abdicaron de si el dominio de
sus bienes, y le transfirieron en don Francisco, y los demas sucessores, reser
uando el vsufruto, y dexando solamente al que sobreuiuiesse la administra-
cion, y alimentos: de donde se sigue, que no pudierā despues reuocar el ma
yorazgo, como se prouò desde el *n.6.* La tercera circunstancia es, que aun
la facultad de quitar, o poner, o acrecētar, se reseruò a ambos fundadores,
y no al vno sin el otro, como tambien se prouò desde el *n. 10.* y en mayoraz
gos fundados por marido, y muger con semejante pacto, tampoco tiene lu
gar la *l.44.de Toro*, assi lo resoluio *Mier.p.1.q.23.n.42.* ibi: *Imò dico, quòd in
dicto casu erit maioratus irreuocabilis, etiam si regalis licentia cōcedat, posse reuocationē*
... La quarta cir

cunſtancia es,que doña Ana como teſtamentaria de ſu marido, declarò, q̃ el mayorazgo auia quedado irrevocable,y mandò, ſe guardaſſe. Tomò la adminiſtracion de todos los bienes del,en execucion de las clauſulas de la fundacion,y declaraciones; è impetrò la facultad, para vender las tierras de Villaverde,y ſubrogar el juro; è hizo la venta como poſſeedora, y en nombre de los ſuceſſores en el mayorazgo,que todo fue reconocer ſu irreuocabilidad,y ratificarla,ſegun lo que ſe ha ponderado deſde el num.22. La vltima, y de que mas claramente ſe conoce, que los fundadores renunciaron la facultad,y no quiſieron vſar della en lo que fueſſe contraria à la irreuocabilidad del mayorazgo,es porque lo declararon aſsi expreſſamente,como conſta del Mem. num. 3 ibi: *Declaràmos, que queremos vſar de la dicha fatultad ſolamente en aquello que es, ò puede ſer neceſſario para mayor fuerça, y firmeza de lo que por nos en eſta eſcritura de mayorazgo ſerà diſpueſto, y ordenado, y no en mas*. En que ſe manifieſta, que no quiſieron vſar della, ſino en la forma contenida en la eſcritura,que fue para alterar el mayorazgo de la manera que ſe dixo *ſuprà num.*13. y eſſo haziendolo ambos juntos, y no el vno ſin el otro,porque de otra ſuerte,ſi pudiera valerſe de la reſerua concedida en la facultad, cada vno ſolo, como pretende doña Maria,fuera vſar della, para deſtruir la firmeza de la diſpoſicion,en que tantas vezes ſe repitiò, que no la pudieſſe alterar el vno ſin el otro,contra el intento,ypalabras referidas: y eſto es en ſuſtancia, la renunciacion que aconſejò *Molin. dict. lib. 4. cap. 2. n. 79*. Eſte diſcurſo ſe prueua con dos concluſiones ciertas en derecho, y ambas muy al propoſito, vna es, que el que de muchos derechos que tiene, ſe reſerua quando contrata vno ſolo; es viſto renunciar los demas, *vt ex l. vn. §. ſin autem ad deficientis, C. de caduc. tollend.* & alijs probat *Farinac. deciſ. 669. nu. 2. tom. 1.* Y pues los fundadores en virtud de la facultad, ſe pudieron reſeruar el alterar el mayorazgo cada vno ſolo por ſu parte, y no quiſieron reſeruarſe eſta licencia, ſino para ambos juntos, renunciada dexaron la permiſsion que la facultad les concedia de hazerlo en otra forma. La otra es, que la reſerua es lo miſmo que vna excepcion, *Caſan. conſ. 75. num.* 17. cuyo propio efeto es, moderar, y limitar, pero no deſtruir la regla, como enſeña *Bart. in l. ſi eum, §. qui iniuriam, num. 5 ff. ſi quis caution.* Luego eſtando renunciada la facultad conforme à las palabras referidas, y reſeruadoſe della limitadamente los fundadores el poder alterar el mayorazgo ambos jũtos, no ſe puede pretender, que el vno lo pudieſſe hazer por ſi ſolo, de otra manera la reſerua vendria à deſtruir toda la renunciacion contra ſu naturaleza, y de la excepcion à quien ſe compara, que ſeria notable abſurdo, como notan al propoſito *Alex. Lud. deciſ. 85. n. 17. Fari. deciſ. 75. n. 5. p. 2.*

OPOSICION TERCERA.

40 LA Tercera opoſicion es, que por no eſtàr acetado el mayorazgo, y mediante la permiſsion de la facultad, entendiò ſiempre Doña Ana de Mela, que podia alterar, ò reuocar las eſcrituras de ſu fundacion; y ſi ſe puſieron algunas palabras, y condiciones en contrario, ſeria ſin entenderlo, ni alcançar las fuerças dellas, y por complacer à ſu marido, que las ordenò como quiſo, y ella como muger obediente, era fuerça que vinieſſe en todo lo que el ordenaſſe; y que quando pudiera quedar obligada à no revocar, auia de entenderſe debaxo de la acetacion de los ...

la quedò invalida la disposicion; y estos fueron los principales motiuos con que doña Ana quiso reuocarla, Mem. n. 48.

1 Por conuencimiento de todo este discurso, se pone en consideracion, que doña Ana reconociò ya, que auia quedado irrevocable el mayorazgo, sin embargo de la permission de la facultad; y assi quiso euitar la fuerça de las clausulas de irrevocabilidad; diziendo, que no las auia entendido, ò que auia consentido en ellas por respeto de su marido; y este reconocimiento se añada por otra comprouacion eficacissima, de que el mayorazgo no pudo revocarse: y en la misma escritura dixo tābiē, q̄ auia q̄dado por tenedora, posseedora, y vsufrutuaria de los bienes vinculados; y antes lo auia dicho doña Maria de Sande, en la escritura donde repudiò el mayorazgo, y acetò las legitimas. Mem fol. 25. B. con que se declara la fuerça que tuuieron las clausulas ponderadas para la irrevocabilidad.

12 Y no se pudo persuadir doña Ana, à que le era licito revocar el mayorazgo en virtud de la facultad, porque en tres escrituras se auia desapropiado de los bienes, y reseruado el vsufructo, administracion, y alimentos, se auia obligado à no alterar, ni mudar, ni revocar aquellas disposiciones, sino de comun acuerdo con su marido; y cada vna destas clausulas tiene natural repugnancia con la revocacion, sin que para percibirlas sea necessario hazer discurso alguno. Y quando no fueran tan claras, que se necessitara de su inteligencia, no se auia de estàr, ni diferir solo à la de doña Ana, sino à la que tuuo tambien el Doctor Francisco de Sande, pues ambos fuerō los contrayentes, y fundadores, porque la distincion legal, y cierta es, que en el Acto que depende de vno solo, se tome la inteligencia conforme à su declaracion, no assi en el que depende de dos, como en este caso, porque entonces no se ha de seguir ninguna, que no sea comun de ambos, *text. expressus, in l. non solùm 30. ff. de act. & oblig.* ibi: *Quia in ea re, quæ ex duorùm pluriū vel consensu agitur omnium voluntas spectatur non vnius tantùm, l. si repetendi, C. de condi. ob caus. l. si ego, ff. si cert. pet. Mant. de taci. & amb. conuen. lib. 2. tit. 4. num. 11. Sur. de alim. tit. 8. priuil. 69. n. 10.* pulchrè ad propositum *Fontanel. de pact. nupt. clau. 7. glos. 2. par. 2. num. 13. cum seqq.* Y quando se huuiera de estàr à la inteligencia q̄ doña Ana tuuo destas disposiciones, no se auia de recurrir à la escritura de revocacion, llena de presupuestos afectados, è inciertos, sino à los Actos anteriores, ponderados desde el num. 22. pues si estuuiera persuadida à que podia revocar el mayorazgo, vendiera las tierras por autoridad propia, no impetrara la facultad para vēderlas, no subrogara el juro, no hiziera citar à D. Francisco, como à sucessor, no diera lugar à q̄ se hiziera informaciō sobre la vtilidad de la venta, ni como testamētaria mandara obseruar las escrituras de la fundacion.

43 De que el mayorazgo se hiziesse contra su voluntad, y por respeto de su marido, no ay indicio, ni prouabilidad alguna; y aunque se insinuò en la escritura de revocacion, no se ha prouado, ni articulado, siendo necessario que quien se funda en miedo reverencial, lo prueue con todas las circunstācias que junta la *Glos. in l. interpossitas, verbo nec tamen, C. de transact. vbi DD. Farin. fragment. p. 2. verbo metus, num. 168. Thom. Sanch. de matrim. lib. 4. disp. 1. per tot. & disp. 6. num. 11. & per tot.* Porque contra excepcion de miedo, està la

ſumitur, *l.2.vbi Bald. & reliqui, C. de his, quæ vi met. Menoch. conſ. 410. num. 1. & depreſ. lib. 3. præſ. 193. num. 1. Maſcard. concl. 1055. numer. 1. Farinac. de falſitat. q. 161. num. 69* Demas de que no ſe deuen admitir ſemejantes cauſas para reuocar los mayorazgos ya perfetos, porque ſi à ello ſe dieſſe lugar, apenas auria mayorazgo ſeguro, porque comunmente ſe fundan por marido, y muger.

44 Aunque huuiera precedido el miedo reuerencial, de que ſe ſuelen valer las mugeres, para reſcindir los contratos, que hazen con ſus maridos, era neceſſaria tambien leſsion, *Bart. l. 1. §. onerandæ, ff. quær rex act. non detur, vbi Bart. DD. in l. interpoſitas, C. de tranſact. Bald. conſ. 148. num. 4. lib. 1. Aretin. conſ. 14. num. 16. Thom. Sanch. d. lib. 4. diſp. 6. num. 15. Farinac. ſup. num. 130.* Y no puede auer leſion en hazer mayorazgo de los bienes comunes, donde ay hijos comunes; ni en hazerle deſde luego irrevocable, para que los bienes no queden ſugetos à las dudas, y otros accidentes, que ſuceden deſpues, ni en cuidar de la conſeruacion de la familia, y nombre de los fundadores; porque eſtas ſon acciones muy ordinarias (como ſe ha dicho) y muy prudẽtes, y las fauorecen mucho las leyes, por el bien publico que ſe conſidera en la inſtitucion de los mayorazgos, *l. 7 tit. 7. lib. 5. de la Recopilac.* Y aun en los menores no ſe conſidera leſion, quando hizieron lo que ſuele hazer vn atento padre de familias, *l. verum, §. ſciendum, ff. de minor. l. non videtur, C. de in integrum reſt. Curc. Iun. in l. item quia, num. 47. ff. de pact. Iaſ. conſ. 63. num. 38. libr. 3. Honded. conſ. 16. num. 14. vol. 2.* y aqui la fundacion ſe hizo con mucha igualdad, porque reciprocamente ſe dexaron los fundadores la adminiſtracion de los bienes, y ſe obligaron, à que no alterarian el mayorazgo el vno ſin el otro, demanera que ſobreuiuiendo el Doctor Franciſco de Sande, tampoco le fuera licito el revocarle.

45 Y ſi murieron los otros hijos, y doña Maria no quiere caſarſe, y la ſuceſſion viene à tranſverſales, eſtos ſon caſos que ſucedieron deſpues, y no pueden dar pretexto à la reuocacion, ò à la leſsion, porque como dize la *l. verũ §. ſciendum, non reſtituetur, qui ſobrie rem ſuam adminiſtrans ocaſionẽ damni, non inconſultè accidentis, ſed fato vellit reſtitui, nec enim euentus damni reſtitutionem indulget, ſed inconſulta facilitas,* y es concluſion cierta, que para la leſsion ſe atiende ſolo al tiempo del contrato, *l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. c. cũ dilecti de empt. & vendit gloſ. in cap. ad aures de rebus Eccleſ. Paul. conſ. 260. lib. 2. Crau. conſ. 11. n. 17. Ponte conſ. 54. ex n. 18. lib. 1.* Y aunque en el caſo que preſupone el pleyto, falten los deſcendientes, tambien es fauorable la ſuceſsion de los tranſuerſales, por la proximidad de la ſangre, y por la conſeruacion de la familia, como ſe prouarà en el punto ſiguiente, aſsi en ningun tiempo pudo doña Ana quexarſe de la diſpoſicion, ni tener cauſa de impugnarla.

46 Deſpues de la muerte de el Doctor Franciſco de Sande, reconociò que el mayorazgo era irrevocable, y le mandò obſeruar, ſe entrò en la adminiſtracion de todos los bienes, como vſufructuaria dellos; impetrò la facultad, vendiò las tierras, y ſubrogò el juro, que todos fueron actos voluntarios, y con que ſe purgara el miedo, ò reſpeto anterior, quando le huuiera en la fundacion, *l. 2. C. quod met. cauſa, capit. ad audientiam de his quæ vi, vbi DD. Farinac. ſup. ex num. 136. Thom. Sanch. d. lib. 4. diſp. 18. num. 7.* & fortiùs, auien

ſa tan facil, *vt tradunt Iaſ. in l. qui in aliena, §. celſus, n. 26 ff. de acquir. hær. & in l. non ſolum, §. morte, n. 27. in fin. ff. de nou. oper. nuntiat. Menoc. conſ.* 410. *n.* 5. *lib.* 5. *Farin. de falſitat. q.* 161. *n.* 85. lo que (dize *Bald. in rubr. C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit*) que es demoſtracion que el cõtracto no ſe hizo por miedo, o que quiſo, que ſin embargo valieſſe, *Alex. conſ.* 114. *n.* 3. *&* 4. *lib.* 5. *Trenta. lib.* 1. *var. tit. de his, quæ vi, reſol.* 1. *n.* 41. y por qualquiera deſtas conſideraciones quedã ſatisfechas todas las partes deſta opoſicion.

OPOSICION QVARTA.

47 TAmbien ſe tomò por pretexto de la reuocacion el auerles nacido hijos a los fundadores deſpues de la primera fundaciõ, y auer quedado por hija vnica doña Maria de Sande y Meſa, *mem. n.* 48.

48 Quãdo ſe otorgò la vltima eſcritura, de declaraciõ, y confirmaciõ de las primeras, ya eran nacidos todos los hijos, *mem. n.* 35. con que ſe deſvanece la primera parte deſta opoſicion, demas de que el mayorazgo ſe fundò en virtud de facultad, auiendoſe hecho relacion de que don Franciſco era entonces hijo vnico, cõforme a lo que aconſejan, *Caſtil. lib.* 4 *c.* 36. *ex n.* 22. *& lib.* 5. *c.* 145 *n.* 31. *Addition. ad Mol. lib.* 2. *c.* 11. *n.* 11. y ſe concedio, que ſe pudieſſe fundar en el, o en qualquiera de los otros hijos, q̃ nacieſſen deſpues, y ſe mandò en la forma ordinaria, que ſe les dexaſſen alimẽtos en lugar de legitimas, *mem. fol.* 3. *y* 4. y aſsi el auer nacido fue caſo preuiſto, y que no alterò, ni pudiera alterar el eſtado del mayorazgo, y aunque *Mol. lib.* 4 *c.* 2. *n.* 81. dize, que ſe puede reuocar por la ſupernacencia de los hijos, conforme a la *l. ſi vnquam, C. de reuocand. donat.* Es, quando ſe fundò en perſona eſtraña, pero auiendoſe fundado en algun hijo ſolo, tendràn derecho para pedir ſu legitima, o alimentos en lugar della, ſi huuo facultad, como lo explica el miſmo *Mol. d. n.* 11. quem ſequuntur *Caſt. lib.* 4. *c.* 35. *n.* 32. *Mil. de ritu nuptiar. lib.* 3. *q.* 3. *n.* 82. *Addition. d. n.* 81. y los fundadores cumplieron con eſta obligacion, ſeñalando eſtos alimentos en la vltima eſcritura.

49 Tampoco fue cauſa de reuocar la diſpoſicion el auer quedado doña Maria por hija vnica al tiempo de la muerte de doña Ana de Meſa, porque ſi bien la mejora hecha en vno de muchos hijos, ſe reſuelue, y anula, ſi el mejorado vino a ſer hijo vnico, *Caſt. lib.* 2. *c.* 13. *n.* 51. *Ang. de meliorat. l.* 11. *gloſ.* 6. *n.* 7. eſto no procede en el mayorazgo hecho con facultad, porque entonces ſe puede grauar la legitima del hijo vnico, como lo reſuelue *Mol. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 9. *&* 10. *Mol. Theol. diſp.* 609. *n.* 5. y de otra manera la facultad quedara inutil, y no huuiera diferencia entre los mayorazgos que ſe hazen en virtud della, o de las leyes del Reino, y ſi el mayorazgo fundado en don Franciſco era por eſta cauſa valido, aunque a los fundadores no les nacieran otros hijos, tambien lo ſerà auiendoſe reduzido toda la ſuceſsion a doña Maria, que no tuuo quando nacio otro derecho, ſino el de ſus alimentos en lugar de legitimas, y aora poſſee el mayorazgo, porque eſto no es venir al caſo de que no pudiera empeçar, como lo notaron hablando de la mejora, *Caſt. y Ang. vbi proxim.* ſino a otro caſo ſemejãte a aquel de donde tuuo principio.

OPOSICION QVINTA.

DIzeſe tambien, que doña Maria declarò, que no acetaua el mayoraz

tò las legitimas, y herencias de los fundadores, y dio por libre a su madre de todo lo contenido en la escritura de obligacion, *mem.* 47.

51 Esta reclamacion, o repudiacion fue la causa de que doña Ana de Mesa quisiesse reuocar el mayorazgo, contra su propio dictamẽ, y los actos de aprouacion antecedentes, solo por complacer a doña Maria, que tanto afecto ha tenido, y tiene a disponer destos bienes en perjuizio de sus pariẽtes transversales.

52 La impugnacion del mayorazgo fue acto vanissimo, porque se acetò, y no fue necessario acetarlo, como se ha dicho en los *num. antecedentes*, y vna vez perfeto se deue continuar en todos los sucessores, sin q̃ se requiera nueua acetacion en cada vno dellos, *Mol. lib. 4. c 2. n. 75. verf. in secundo casu.* Seguido comunmente, vt testatur *Additionat.* y en consequencia no podràn impugnarle, y lo que mas es, no auia de quedar en arbitrio de doña Maria, la nulidad, o valor del, aunque no estuuiera aceptado, porque quando nacio, solo tuuo derecho de pedir alimentos por sus legitimas, y aunque despues sucediesse en lugar de don Francisco su hermano, a el tãpoco le fuera licito desbaratar el mayorazgo con no acetarle, porque pudo la facultad grauarle la legitima sin consentimiento suyo, ex *Mol. lib. 2. c. 1 per tót.* y lo que se siguiera de su repudiacion fuera el passar en el siguiente llamado, *l. 1. §. quibus, & per totam, ff. de success. edict. l. quandiù, ff. de acquir. hær. cum vulg.* y con otra inteligencia siempre quedara defraudado el intento de los fundadores, y el derecho de todos los sucessores, que seria vn absurdo intolerable.

53 De donde resulta. Lo vno, que si doña Ana pudo entonces reuocar el mayorazgo, se aurà de gouernar este punto por su reuocacion, pero si era ya irreuocable, como lo hemos prouado, aurà de hazer trãsito a los sucessores siguientes, sin embargo de la reclamacion de doña Maria, que en vno, y otro caso ha de ser vana, e ilussoria. Lo segundo se sigue, que no fue parte para librar a su madre de la obligacion de no reuocar, o porque el contrato, y promesa reciproca, passò entre los dos fundadores, o porque ella solo tuuo derecho para pedir alimentos, y assi en esto es tambien estrañissima la reclamacion. Lo tercero, no pudiendo deshazer el mayorazgo, el no acetarle es hazer lugar al siguiente en grado, y reconociẽdo este riesgo, se preuino, protestando, que no la parasse perjuizio el otorgamiento de la escritura.

54 De todo este discurso se dexa entender facilmente quan poco se ajustarõ al hecho, y al derecho los presupuestos, y razones que buscaron doña Ana, y doña Maria para reuocar el mayorazgo: y assi fundada su irreuocabilidad, passaremos a examinar, si ha de perpetuarse en los parientes transversales, que es el argumento de la segunda parte deste articulo.

PARTE SEGVNDA.

55 EL mayorazgo es vna disposicion perpetua, y comun a toda la familia, assi transversales, como descendientes, conforme a las conclusiones de *Mol. lib. 1. c. 4. per tot.* En que don Francisco de Mesa, y consortes, parientes de doña Ana fundan, que muerta doña Maria sin descendientes, se ha de continuar en ellos la sucession.

56 Doña Maria replica, que el mayorazgo se fundò en don Francisco de Sã

ran a la sucesion, y perpetuidad, sin auer llamado no solo a los parientes transversales, pero ni a los otros hijos; y que con estos terminos auiendo faltado las personas llamadas, quedaron libres los bienes conforme al sentimiento de *Simancas lib. 1. de primogen. cap. 25. Greg. l. 2. tit. 15. p. 2. verbo, el mas propinquo, vers. si quis fecerit, Angulo de meliorat. l. 11. gloss. 11. ex nu. 4.* y otros Autores del Reyno.

57 Pero se responde, que la mas comun, y verdadera opinion es, que el mayorazgo hecho con llamamientos limitados, se ha de continuar en los descendientes, y transversales de los fundadores, por ser disposicion de su naturaleza perpetua, è introducida para la conseruacion de la familia; assi lo resoluiò *Molina d. libr. 1. capit. 4.* donde en el numero primero pone el caso: *An is qui ex bonis propriis maioratum instituit, ad cuius successionem filium suum primogenitum, atque eius descendentes inuitauit, nec alias vocationes aliorum filiorum, nec descendentium adiecit, censeatur velle ea bona soli filio, in cuius persona primogenitum instituit, ac eius descendentibus iure maioratus pertinere, eisque deficientibus bona ipsa libera futura fuisse? An censeatur voluisse, vt eis deficientibus in his bonis inter alios filios, ac descendentes eiusdem constituentis iure maioratus perpetuo succedatur?* Y desde el num. 12. resuelue y prueua, que se continuarà la sucession en los demas hijos, y descendientes del fundador. Y en el num. 32. añade, que procede esta conclusion, y aunque se aya dirigido el mayorazgo principalmente à las personas, y no a los bienes, ora precedan, ò se sigan los llamamientos; y despues disputa, si auiendo faltado todos, harà transito à los transversales, y en el num. 39. los admite, y en el *nu. 42. vers. quæ omnia,* concluye, q̃ tendrà la misma comprehension el mayorazgo, aunque se aya hecho en persona estraña, y de agena familia.

58 A *Molina*, segun *Burg. de Paz, quæst. 2. ex num. 67. Matien. l. 1. tit. 7. libr. 5. de la Recop. glos. 7. num. 4. Auend. in rub. istius, tit. num. 3. Albar. de coniect. lib. 1. c. 3. §. 3. Spino de tractat. glos. 19. num. 83. Mol. de iust. & iur. disp. 583. ex n. 3. Auend. l. 40. de Tor. glos. 1. num. 29. Garc. de nobilit. glos. 1. §. 1. num. 27. Castil. lib. 2. controuers. cap. 22. per totum, & lib. 5. cap. 143. ex num. 16. & §. vnico, num. 2. & 3. Additionat. ad Molin. d. c. 4. num. 13. & num. 38.* que junta por esta parte otros Autores. Lo mismo se colige de lo que escriuen *Couar. lib. 3. var. c. 5. n. 2. & 3. Tel. l. 21. Tau. n. 10. Gom. in l. 40. n. 59. & 64.*

59 Fundanse estos Autores en la fuerça de la palabra *mayorazgo*, que segun su naturaleza, y la comun inteligencia, y obseruancia de España significa vna disposicion perpetua hecha en fauor de toda la familia, para que se suceda por derecho de primogenitura, y assi contiene virtualmente todos los descendientes, y transversales, y otros tantos llamamientos, como son las personas comprehendidas en esta generalidad; y quando el fundador dixo, que vinculaua los bienes por titulo de mayorazgo, se presume, que las llamò à todas, conformandose con las disposiciones del derecho, y la costũbre destos Reynos, y el afecto comun à su nombre, y familia; y aunque los llamamientos parezcan limitados, por fundarse el mayorazgo en algun hijo, y sus descendientes, se ha de entender, que los nombrò por preferirlos, y por dar principio, y forma à la sucesion, y no por excluir à los demas descendientes, ò transversales que sucederàn despues dellos, por la comprehé

sió de la familia, y perpetuidad del mayorazgo, à que se reduzẽ las razones de *Moli.d.c.4.Casti.d.c.22.*

Confirmase esta resolucion con vn simil muy ajustado, y es que el derecho de patronazgo passa à qualesquiera herederos, *glos. in cap. considerandum 16.quæst.7.Couarr.lib.2.cap.18.num.6.* De donde resulta, que si se dexò a alguna persona determinada, y à sus hijos, ydescendientes, en faltando todos se continuara en los herederos, aunque sean estraños, supliendose la disposicion del testador, ò interpretandose su voluntad, por la naturaleza del mismo patronazgo, y por la prouidencia de la ley ita *Ancharra.cons.81.Calderon cons.4. de iur. Patronat.Casad.decis 3.num.1.eod.tit.Lambertin. de iur. Patron. lib. 1.par.2.q.2.princip.art.5.Roc.de Curte, verbo ipse verbis, q.8.num.19.Paris.cons. 48.ex num.21.volum.4.Ferret.cons.131.in fin.Seraph.decis.378.per totum.* donde satisfaze à todos los argumentos que se pueden hazer por doña Maria, y *Roc.de Curt.suprà*, propone la question en los mismos terminos; y las razones en que se fundan estos Autores son: *Quòd prouisio hominis non tollit prouisionem iuris communis in eodem casu, quinimmo ius commune informat conuentiones, & pacta, & eas interpretatur*, como dixo *Ancharran.sup.num.3.* vel *quod per hoc non videtur alios successores exclusisse, qui nituntur iure communi, sed potius ex abundanti de eis mentionem fecisse, & fortè de dictis descendentibus mentionem fecit, quia voluit eis pingius prouidere*, como lo notò *Lambertin.sup.num 3.* vel *quod verisimiliter fecit mentionem de illis, quia sperabat filium suum liberos habiturum, nec est verisimile, quòd deficientibus voluerit ius patronus remanere in aere*, que fue consideracion de *Roc. de Curt.* y todas estas razones se ajustan mas à los mayorazgos de España, quanto es mas fauorable conseruar los bienes en la familia, que passar el patronazgo a herederos estraños, a quien no pudo tener afecto el fundador.

51 En este mayorazgo deue admitirse esta opinion por muchas consideraciones, sacadas de las clausulas en que los fundadores se declararon, que su voluntad era hazer vn mayorago perpetuo, sin limitacion alguna a los llamamientos especiales.

52 La primera consideracion, se funda en las palabras proemiales de la institucion, Mem.num.1. ibi: *Porque de la diuision de los bienes, resultan grandes inconuenientes, y por ellos se pierden, y destruyen las familias, y nombres de las personas nobles, y por el contrario se conseruan, y perpetuan, quedando enteras, y vnidas por el medio de la institucion de los mayorazgos, y los sucessores dellos quedan con mayor obligacion de seruir à Dios, y a sus Reyes, y de sustentar, y alimentar sus hermanos pobres, y de otras cosas que resultan en grande beneficio de la Republica*: Donde es de ponderar, que se haze relacion, no a los descendientes, sino a la familia, en que se comprehenden tambien los parientes transuersales, *l. pronuntiatio, §. familiæ, ff. de verb.signific.Molin.d.cap.4.num.40. Molin. Theolog.disput.589.num.4.* vbi optimè explicat, y si todos tienen llamamiento en la palabra *mayorazgo*, por la relacion a la famlia, conforme a las conclusiones de *Moli.d.lib.1.ca.4.* no se puede negar, q̃ le tengan quando se hizo el mayorazgo, por perpetuar, y cõseruar la misma familia, y estas palabras solas, sin otros llamamamientos, vinculos, ò prohibiciones, fueran bastantes para induzir vn mayorazgo absoluto, y perpetuo, porque la voluntad del fundador se colige del prohemio de la disposicion, *l. fin. de hered. inst. cum vulgat.* y lo aduierte *Molin. lib. 1.*

cap.5.num. 1.ponderando otra clausula semejante, a quien siguen *Molin el Theol.de iust. & iur.tom.3. disp.590.vers.Prima est, Auend.l.41.de Tor.gloss.3.n. 11.Burg.de Paz cons.34 num.8.Flor.de Mena lib.1.cap.17.num.37.Lara de anniuers lib.1.c.4.n.46.Mie p.1.q.5.n.75.Cast.lib.2.controu.c.22.n.97.*dõde cõ

63 stituye este caso por indubitable.

Para mayor comprouacion se añade, que las disposiciones se han de tener por reales, y perpetuas, quando se hazen por respeto de vna causa, que tenga perpetuidad, y duracion, *l.in omnibus, ff.de regul.iur. l.forma, §. quamquam, ff.de censib.l.1.§.permittitur, ff.de aqua quot. & æstiu.l.4.in fin.ff.de seruit.rustic.l.cum Patronus, ff.de leg.2.l.1.§.1 ff.de iur.commu.l.maximarum, C.de excusat. mun.lib.10.glos.in l.Lucius, §.quæcumque, ff.de seruitut.rusticor.*ibi: *In hoc apparet quod est personale ius, quod alicuius prædij contemplatione fuit traditum, Bald.in l.maritum, num.3 ff.solut.matrim. & in l.apud Iulianum, §.idem Iulianus, ff.de leg.1. Alecons.194.num.3.lib.2.Dec.cons.262.num.11. Afflict.in cap.1.num.13.de eo qui finem facit agnationis, Barbos.in l.quia tale, num.3. & 4.ff.solut. matrim. optimè Suarez de legib.lib.8.cap.3.per totum,* donde en el num 3. aduierte, que se ha de atender siempre al sugeto, y a la causa de la disposicion, *nam si illa sit,* dize, *de per se perpetua, vel per successionem, vel per adhæsionem ad aliquod corpus perpetuum, tale priuilegium reale censetur, quia cum re ipsa transit, & durat,* y en los numeros siguientes pone por exemplo el caso en que se puede considerar algun cuerpo mistico, ò persona intelectual, como lo es la familia, *l.familiæ de verborum significat.* Luego ha de ser perpetuo como ella el mayorazgo; y el mismo discurso se puede hazer sobre los otros motiuos desta clausula, conuiene à saber, el seruicio de los Reyes, el beneficio del Reyno, y el sustento de los hermanos, que son las mismas que propone la *l.7.tit.7.lib.5. de la Recopil.* y no pueden limitarse a la sucession incierta de solo vn hijo: pues no redunda solo en beneficio suyo, y de la familia, sino de la Republica, cuyo interes es infinitamente mayor, quanto es mas infinita su duracion, *argumento l. proponebatur, ff.de iudic. & notatur, in l.1.§.vltim.ff.si quis ius dic. non obtemp. Tira. de iur.primo.q.35.n.22.Ioa.Gar.de nob.glo.3.§.1.n.15.*

64 La segunda consideracion es, que la facultad no se impetrò para hazer el mayorazgo precisamente en don Francisco, sino tambien en qualquiera de los otros hijos, y a falta dellos, en otras personas, y assi el llamar a dõ Francisco, y a sus descendientes, no fue excluir a los demas, que por la naturaleza perpetua de los mayorazgos, sino preferirlos, y ordenar en ellos la sucession, como lo aduirtiò *Molina dict.cap.4.nu.32. & sequentibus,* ponderando la *l.cum ita, §.in fideicommiss.ff.de legat.2.* y lo dixo à semejante proposito *Bald.in l.fratres, num.13 C.de inoffic.testam.*ibi: *Statutũ ergo debet intelligi quòd excludatur soror non præcisè, sed ita demum si frater succedat: intentio ergo statuti est ponere ordinem prælationis, non necessitatem exclusionis.*

65 La tercera consideracion es, que se concediò la facultad, para que de las personas, y casas de los fundadores quedasse perpetua memoria, *Mem. num.2.* donde la diccion *para que*, significa la causa final, *ex Barbo.dict.l.43 9.* y della se ha de conocer tambien si es perpetua, ò temporal la disposicion, como lo prueua *Molin.lib.1.cap.5.num.6.* donde resuelue, que por semejantes palabras se induze mayorazgo perpetuo, aunque no se aya declarado el fundador en las constituciones siguientes; y tambien es aqui de ponderar

la palabra *casa*, que tiene la misma comprehension, que la familia; *Castil. lib. 5. controuer. cap. 93. §. 17. per totum*; y como notò *Pinel. in l. 1. C. de bon. matern. 3. p. num. 99. vers. iuuatur*, si auiendose fundado el mayorazgo, para el honor, y conseruacion de la memoria, no se estendiesse su perpetuidad por todos los medios possibles, facilmente se daria en el oluido, y se contrauendria al intento principal, *Burg. de Paz q. 2. num. 71. & 104.* la razon es, porque la memoria, y linage, no se puede conseruar por vno ò pocos llamamientos, *arg. eorum, quæ notat Bar. in l. inter Castel. ff. de recept. arb. Burgos de Paz, cons. 2. nu. 76. & cons. 14. n. 1. & 2. Bug. de Paz, Iun. d. q. 2. nu. 106.*

66 La quarta consideracion està, en auerse fundado el mayorazgo con facultad, porque entonces se hizo con mayor deliberacion, con mas afecto à la perpetuidad, con mas absoluto poder, à causa de no quedarles a los hijos otros derechos, que el de los alimentos, en lugar de legitimas, como lo ponderò al proposito *Garc. de nob. gloss. 1. §. num. 29. vers. 3. in vltimis*, y aunque le impugnan *Castill. lib. 5. cap. 143. §. vnico ex num. 3. Additiona. a Molin. libr. 1. cap. 5. num. 13.* diziendo, que en todos casos ha de tener la misma comprehension, no dexa de ser circunstancia particular, porque fuera de las razones dichas, concurre la que *ex doctrina Romani cons. 29.* aduirtio *Burg. de Paz, d. q. 2. num. 70. in illis verbis: Quòd etiam censetur maioricatus perpetuus, vt duret perpetuo memoria Regis, qui dedit facultatem illum faciendi*: y assi Angulo despues de auer arguido contra la perpetuidad de vn mayorazgo en que auia especiales llamamientos, *in tract. de melior. l. 11. gloss. 9.* toda via en el *num. fin. vers. & quamuis*, reconoce, que los que se hazē en virtud de facultad son perpetuos, como lo son todos los contratos en q̄ interuiene la dignidad Real, 2. *Garc. de nobi. glo. 3. §. num. 17.*

67 La quinta consideracion es, que primero dixeron los fundadores, que hazian mayorazgo, y despues pusieron los llamamientos, Memo. num. 3. y este es tambien caso mas claro para la perpetuidad, como lo resuelue el *Additionad. a Molina dict. num. 13. vers. & quidquid*, ibi: *Aut verbum* Maioratus, *in initio dispositionis profertur, posteaq; vel plures, vel aliquæ particulares substitutiones subsequuntur, quo casu militat Auctoris ratio, & praxis inconcissa viget, aut institutor incipit faciendo aliquam substitutionem, & vocationes, vel refert dispositionem ad aliquam certam, & determinatam lineam, aut lineas, posteaq; adijciat in earum calce hoc verbum*, hago mayorazgo, *tunc vltra gradus præscriptos substitutio protrahi non debet*; y con este temperamento dize, que vio platicar la opinion que *Molina dict. cap. 4. num. 5. vers. quibus adducitur*, puso indistintamente, ora procedan, ò se sigan los llamamientos à la constitucion del mayorazgo.

68 La sexta consideracion es, que *Molin. d. c. 4. n. 31. vers. his non obstantibus. & num. 37.* resoluiò la question por los transuersales, quando el fundador, *in persona Titij, ac descendentium maioratum instituit*, donde se juntan la institucion y el mayorazgo en vna oracion indiuisible. Y en nuestra clausula, primero se funda el mayorazgo, Memor. num. 3. ibi: *Otorgamos, è conocemos, que fundamos, è instituimos vinculo, è mayorazgo de los bienes, que adelante seran declarados de los demas bienes q̄ adelante quisieremos subrogar, meter, è incorporar en el.* Y luego se añade: *El qual hazemos, è fundamos en vos D. Francisco de Sande nuestro hijo, y en vuestros hijos, y descendientes*: Y entre estas dos formulas no dexa de auer mucha diferē

taxationis, seu limitationis gratia; y assi no han de admitirse despues nueuas personas, pero en la segunda estàn *demonstrationis causa*, con oracion separada, y no incluyen la comprehension, y perpetuidad significada antes en el nombre, y constitucion del mayorazgo, como en la *l. quidam testam. ff. de leg. 1.* dõ de la consignacion puesta despues del legado, no le haze condicional, ni le limita, ibi: *Verò similius est patrem familias demonstrare potius hæredibus voluisse, vndè aureos quadringentos, sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quàm cõdictionem fideicommisso iniecisse*, y dà la razon, *quòd initio purè datum esset*: y assi entienden esta ley, *Bart. l. inter stipulantem, §. sacram, n. 6. ff. de verb. oblig. Paul. in l. si fideicommissum, §. tractatum, ff. de iudic. & cons. 338. num. 3. lib. 1. Dec. cons. 182. in princip. Menoch. 1162. ex nu. 15. Surd. de alim. tit. 4. q. 26. Gratian. lib. 2. c. 256. ex n. 1.*

69 Ajustase mucho a estos terminos la *l. cum ita, §. in fideicomm. ff. de leg. 2.* donde en el fideicomisso dexado a la familia, se prefieren los que tienen llamamiento especial, pero se admiten despues los que se comprehenden en el nombre general de la familia, como lo notò *Mol. d. c. 4. n. 33.* concluyendo, *quòd nominatio, seu specificatio personarum, solum tribuit nominatis præcedentiam successionis, non autẽ aliorum exclusionem operatur.* Y en el *nu. 35. vers. Quidquid*, añade, *id tamen apud omnes indifferenter existimatur, quod quando non est appositus alius terminus restrictiuus, sola enumeratio personarum familiæ legatum, seu fideicommissum non restringat, sed tantum inter nominatos præcedentiam successionis tribuat*, y aunque *Angulo de meliorat. l. 11. glos. 11. n. 13.* impugnando esta opinion de *Molina*, dize, q̃ en el *§. in fideicomisso*, fue la formula, *relinquo Titio, & Seyo, & familiæ*, ha de tener la misma, o mayor fuerça el auerse instituido el mayorazgo absolutamente, porque alli tuuieron todos los de la familia su llamamiẽto propio, y si no passaran adelante los fundadores, sin duda tuuieran todos lugar en la sucession, como lo reconoce el mismo *Angulo, vbi proxim. n. 9.* y no le han de perder por añadirse despues los llamamientos especiales del hijo mayor, y sus descendientes, de donde auia de tomar principio el mayorazgo, y esto es lo que prueuan las razones de *Molina, vbi proxim.*

70 A que se añade, que aquellas palabras, *el qual hazemos, y fundamos en fauor de vos don Francisco, &c.* se pusieron solamente para señalar la persona en quien auia de empeçar el mayorazgo, y no para restringirle, porque como dixo la *l. iuris gentium, §. pactorum, ff. de pact. plerumque persona inseritur pacto, non vt personale fiat, sed vt demonstretur, cum quo pactum factũ est*, optimus textus in *l. annua, §. Aetia, ff. de annuis leg.* ibi: *Quæro vtrum his duntaxat, qui eo tempore, quo legabatur in rebus humanis, & in eo officio fuerunt, debitum sit? an etiã his, qui in locum eorum successerunt, respondi secundum ea, quæ proponerentur ministerium quidem nominatorũ designatum, cæterum datum templo*, y en el llamamiento de don Francisco es mas eficaz esta consideracion, porque era hijo vnico quando se fundò el mayorazgo, y despues hijo mayor: y assi conforme a todas las reglas de los mayorazgos deuia ser preferido en la sucession, & in specie, que diziendo el testador, hago mayorazgo en Pedro mi hijo, y sus descendientes, que es exẽplo mas riguroso, se tenga perpetuo para toda la familia, tradunt *Padilla in rubr. C. de fideicom. n. 11. Tell. in l. 22. Taur. n. 15. Couar. lib. 3. var. c. 5. n. 2. Bur-* [illegible] *Anton. Gom. in l. 40. Taur. n. 59. & n. 64. Aluarad. de con-*

still. libr. 2. cap. 22. numer. 39. Matienç. in l. 1. tit. 7. numer. 4.

71 Este intento se declarò muy bien en otra clausula, donde los fundadores mandaron, que de los bienes de don Diego de Mesa, se fundasse otro mayorazgo en el hijo segundo, con las mismas clausulas, y condiciones puestas al mayorazgo primero, y añadieron, *de tal manera, que se entienda, que siempre ha de ir imitando en la sucession, y llamamientos, e cargos, e grauamenes, que en esta escritura tenemos puestas al dicho mi hijo mayor legitimo, en razon del mayorazgo, que por esta escritura ponemos en su cabeça*, donde estas vltimas palabras denotan vn mayorazgo absoluto, para toda la familia, de que auia de ser don Francisco primero posseedor, y esto fue fundarse en el, como dizen otras clausulas, o ponerse en su cabeça, como se declara aqui, con vna formula, que en la lengua Castellana se aplica a quien possee en nombre de otro, porque don Francisco auia de suceder, como hijo mayor, en nombre de toda la familia, a cuya cõseruacion immemorial se encaminaua la fundaciõ, segũ lo dize el proemio della, y se prouò en el *nu. 62.* y con esta misma inteligencia dixerõ despues los fundadores, *y todo ello se vincule, y haga mayorazgo perpetuo, en cabeça de cada vno de los dichos nuestros hijos, mem. n. 38.* y a la sucesion destos mayorazgos estàn expressamente llamados los demas hijos: y assi juntas las dos clausulas, manifiestan, que la sucession no ha de limitarse a la letra de los llamamientos.

72 La septima consideracion, se funda, en no auer llamado los fundadores a los otros hijos, auiendo nacido todos quando se otorgò la vltima escritura, de donde se reconoce con mayor euidencia, que aquellos llamamientos se pusieron por exemplar de los demas, como se ha dicho en los *num. antecedentes*, porque tan extraordinario afecto a la casa, a la familia, a la nobleza, al seruicio de los Reyes, a la perpetuidad, no auia de estar dependiente de la futura sucession, o de la edad de vn niño de quatro, o cinco años, ni auia de querer los fundadores desapropiarse del dominio de sus bienes, y reseruarse vnos moderados alimentos en ellos, para que sucediendo don Francisco, y no teniendo hijos, los pudiesse dexar a vn heredero estraño, y excluir a sus hermanos, y esta razon fue en el sentimiento de *Angulo, vbi sup. in fin.* tan eficaz, que confessò, deuia passar el mayorazgo alos demas hijos, si se fundò con facultad, de donde tambien sale la estension alos transversales, porque la facultad, quita el derecho de las legitimas, y aqui se hizo la institucion a fauor de la familia, por quien milita aquella misma razon, de que el vltimo llamado no quiera dexar los bienes fuera della, en suma, o se ha de gouernar la sucession por la letra de los llamamientos, o por la comprehension de los mayorazgos; si por la letra, quedarian excluidos los demas hijos, y este seria vn absurdo intolerable, y en que doña Maria nunca ha consentido, pues en la escritura de reclamacion, que està *mem. n. 47.* confiessa que ha venido a ser sucessora, por muerte de don Francisco, y sus hermanos, ibi: *Declaraua, y declarò de su libre, y determinada voluntad, como sucessora vnica, que ha venido a ser en vida de la dicha S. doña Ana de Mesa su madre*, y con este reconocimiento, y de que a falta de los especialmẽte llamados, auia sucedido ella, como siguiente en grado, y de la familia, repudio la sucession, ibi: *Que no aceta, ni quiere acetar la dicha escritura de fundacion de mayorazgo hecho en ella*...

pues con ser el especialmente llamado don Francisco, y sus descendientes, tuuo entonces por cierto, que aunque ella no tenia llamamiẽto literal, era lo mismo tenerle vniuersal, por comprehension de la palabra mayorazgo, y su naturaleza; si por la comprehension, como se admitio doña Maria sin llamamiento, y se admitieran sus hermanos, y descendientes, deuen admitirse los transuersales, pues no ay razon de diferencia para limitar la sucession mas respeto de vnos, que de otros, y este discurso hizo *Cast. lib. 2. c. 22. n. 4.* contra *Greg. in l. 2. tit. 13. p. 2. verb. maioria, q. 5.*

73 La octaua consideracion es, que los fundadores quisieron, que los bienes estuuiessen perpetuamente vnidos, sin poderse enagenar en tiempo alguno, *mem. fol. 7.* ibi; *Para que desde luego quede, como queda, y lo dexamos hecho vn cuerpo indiuisible, y inalienable, y que no se pueda partir, ni diuidir, ni disponer dello, ni parte dello, aora ni en ningun tiempo para siempre jamas*, y despues de auer llamado a dõ Francisco, y a sus hijos, y descendientes, y puesto diferentes clausulas, boluieron a poner la misma prohibicion de enagenar, con vna razon absoluta, e independente de los llamamientos, *mem. n. 15.* ibi: *Porque nuestra intenciõ, e voluntad es, como instituidores, y fundadores, q̃ somos del dicho mayorazgo, queremos, q̃ perpetuamente, para siempre jamas los dichos bienes estèn hechos vn cuerpo, y no diuididos, ni partidos, ni enagenados, ni obligados, ni hipotecados, e sugetos siempre a restituciõ del sucessor, o sucessores, que fueren en este mayorazgo*, palabras de que sin duda se induze vinculo real, y absoluto para toda la familia, sin limitacion de personas, porque principalmente se refieren a los bienes, y a la perpetuidad de su vnion, *Bart. in l. peto, §. fratre, n. 4. & in l. Titia, §. Seya in fin. ff. de leg. 2. Bald. cons. 57. n. lib. 2.* cuya dotrina es mas aplicable a este caso, porque la prohibicion de enagenar, no se puso a personas señaladas de la familia, sino generalmente con respeto vniuersal a toda ella, y con fin de conseruar los fundadores la memoria de su linage, como lo manifestaron en el prohemio de la fundaciõ, y se notò, sup. En cuyos terminos no es dubitable, que la prohibicion de enagenar induze vna sucession perpetua, y absoluta sin limitacion, assi entre descendientes, como transuersales, *Bartol. in l. pater filium, §. fundum Titianum, ff. de leg. 3. Mol. lib. 1. c. 4. num. 13. & cap. 5. nu. 7. & 16. Burg. de Paz, Sen. cons. 45. ex num. 5. vsque ad n. 14. Burg. de Paz Iun. d. q. 2. n. 105. Castil. d. c. 22. ex num. 81.* Y mas precisamente auiendose prohibido la enagenacion con las palabras perpetuamente para siempre jamas, en ningun tiẽpo, y otras muchas que en el discurso de la fundacion denotan trato sucessiuo, y perpetuidad, porque ordenada assi la vnion perpetua destos bienes, manifiesta, que la disposicion no puede limitarse a los hijos, conforme a las resoluciones de *Mol. lib. 1. c. 5. ex n. 7. Cast. lib. 2. c. 22. ex n. 88.* donde dize, *quòd si institutor maioratus post factas aliquas speciales vocationes, generalem clausulam subiiciat in fine dispositionis, qua significet se velle familiæ suæ, aut generi consulere, aut quid simile adiiciat, quod perpetuitatem denotare videatur, tunc indubitanter etiam verum erit maioratum non finiri in vocatis, sed ad collaterales, & omnes de familia ordine successiuo extendẽdũ*, y en el *num. 89.* añade, *idemque dicendum erit, si maioratus instituitur quocumque alio verbo successionis perpetuitatem, & notet, vt si adiiciat verbum*, in perpetuum, semper, omni tempore, in infinitum, *aut aliud simile, tunc enim perpetuum maioratum instituere videtur*, y estas conclusiones proceden aun quã-

meros llamamientos, y de la razon de perpetuidad siguiente; pero en este caso no se duda del mayorazgo, y como de su naturaleza comprehẽde a todos los de la familia, es mas facil la extension, por vna clausula, donde todas las palabras denotan perpetuidad absoluta.

74 Y aunque muchos Autores dixeron, que la prohibicion de enagenar, auia de limitarse à las personas nõbradas, conforme a la *l. pater filium, §. fundum Titianum, ff. de legat. 3. vt constat ex Fusar. q. 683. num. 1.* Esta opinion ò no es cierta, ò no se aplica al caso. Lo primero, porque estos Autores hablã en fideicommissos de su naturaleza temporales, *authent. de restit. fideicommiss. §. nos igitur.* Y los mayorazgos son disposiciones perpetuas, y fauorables, y esta diferencia notò *Castill. lib. 2. cap. 22. ex num. 44.* Demas que aun los fideicommissos temporales, si la prohibicion de enagenar se pone con fin de q̃ se conseruen los bienes en la familia, como en este mayorazgo, por esta sola causa mudan la naturaleza, y se hazen perpetuos, y comunicables, no solo a los llamados, sino à los demas parientes, como doctamente prueua, y defiende *Surd. cons. 67. ex num 21. cum sequentibus,* donde en el num. 40. responde à Decio, y los demas Autores de la opinion contraria, a quien tambien reprueua *Castill. lib. 2. dict. cap. 22. num. 83.* Lo segundo, aqui se pusieron la vnion de los bienes, y la prohibicion de enagenar antes de los llamamientos, que es caso mas claro para estenderlos por ella, como consta de lo que escriuen *Fusar. sup. Addition. ad Molin. lib. 1. cap. 4. num. 13. & cap. 5. num. 7.* Lo tercero, si la prohibicion de enagenar, se pone por consequencia de los llamamientos, y en vna oracion se podrà mas facilmente limitar conforme a ellos; pero quando està en oracion distinta, ò por razon absoluta, è indepẽdente, entonces comprehenderà a todos los de la familia, como lo resuelue *Fusar. sup. num. 13. & 15.* y a esta concordia se puede reduzir lo que escriue con grande confusion el *Adicionador à Molin. dict. cap. 5. num. 7.* y en nuestra clausula concurren ambas calidades, porque es otra la oracion en que los fundadores declararon, que era su intento conseruar siempre vnidos en vn cuerpo sus bienes, y lo dixeron por razon de la prohibicion anterior. Lo quarto, quando la prohibicion es de tal manera perpetua, que no se puede commodamente limitar a los primeros llamamientos, se le aurà de dar toda su comprehension, como lo aduierte el mismo *Fusar. supr. n. 19. vers. Aut verba prohibitionis,* donde concluye: *Et hoc intelligo procedere, licet prohibitio veniat consequutiuè ad substitutionem, etiam, quòd vtraque, eadem oratione contineretur,* conclusion tambien aplicable à este caso, porque no se dexa entender, como los fundadores podian assegurarse, à que auia de tener hijos don Francisco, y que dellos auia de salir vna descendencia perpetua; y assi quando sean mas limitados los llamamientos, tanto es mas necessario estenderlos à toda la familia, para que tenga con ella correspondencia el cuerpo de los bienes siẽpre vnidos, a q̃ se añaden dos cosas muy cõsiderables, vna, que la vnion de los bienes, a que atendieron principalmente los fundadores, es mas poderosa, que los llamamientos *Bart. in l. vbi ita donator, ff. de donat. cap. mor. Molin. lib. 1. cap. 9. num. 19.* y siendo ella perpetua, lo han de ser ellos; otra, que en materia de vniones, mas se presume contemplada la Iglesia, ò la Dignidad, que no las personas, *cap. 1. ne Sede vacant. Oldrad. cons. 257. factum* [illegible] *de vnion. num. 10.* Con que se ha de es-

tàr mas por la perpetuidad de la familia, contemplada en la vnion destos bienes, que no por las personas especialmente llamadas. Lo quinto, es mucho de reparar en esta clausula, que no impuso la prohibicion a don Francisco, y sus descendientes, sino a don Francisco, y los sucessores, y llamados al mayorazgo, que son palabras comprehensitas tambien de lo que podian suceder por el llamamiento legal, è implicito en la naturaleza, y nombre de los mayorazgos, y con esta misma aduertencia acaba la clausula: *Que los bienes estèn siempre sugetos à restitucion del sucessor, ò sucessores en el mayorazgo.* Lo sexto, porque la prohibicion de enagenar, como no es necessario expressarse en los mayorazgos, y en ellos tacite in est, *Molin. lib. 1. dict. cap. 4. num. 10.* si expressada, y encarecida tantas vezes en este, no obrasse mayor perpetuidad, y extension que de la letra de los llamamientos, se colige vendria su expresion à ser ociosa, lo que no admite *Surd. dict. cons. 67. numer. 38* donde alega *à Mantica de coniect. lib. 5. tit. 14. num. 24.* y otro. muchos. Lo septimo, la *l. pater filium, §. fundum Titianum,* procede en fideicommissos, y no en mayorazgos, y tiene las interpretaciones q̃ le dàn *Moli. d. lib. 1. c. 5. n. 17. Casti. lib. lib. 2. c. 22. n. n5. Addit. ad Mol. d. n. 17.*

73 La nona consideracion es, que en la primera escritura de declaracion se dize: *E quando faltando de la sangre los dichos señores, conforme al llamamiento, se haga lo que por el dicho mayorazgo està dispuesto a falta de todos. Mem. num. 28.* que son palabras muy notables, para la comprehension: Lo primero, porque en ellas se reconoce, que el intento de los fundadores no fue limitar los llamamientos a don Francisco, y sus descendientes, pues no auian de ser ellos solos los de su sangre, y de aqui se sigue, que admitida vna vez la extension ha de continuarse hasta los transversales, como se notò en el num. 70. Lo segundo, los de la sangre no son los hijos solamente, sino tambien los parientes, vt constat ex traditis à *Fusar. de substit. q. 364. per totum, Bris. de verbor. sig. lib. 17. fol. 581. pag. 2. ad finem,* porque llamar los de la sangre, y los de la familia es vna misma cosa, textus expressus, *in l. pronuntiatio, §. familiæ, ff de ver. signific.* ibi: *Item appellatur familia plurium personarum, quæ ab eiusdem vtimi genitoris sanguine proficiscuntur, Gratian. lib. 2. discept. 285. num. 14.* y assi como llamados los de la familia, despues de los descendientes, suceden los transversales, *l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. l. fin. C. de verb. significat.* Lo mismo ha de ser en el llamamiento de los de la sangre. Y quando estas palabras se huuiessen de referir a los hijos, y descendientes solamente, entonces aquellas palabras, *Se hrga lo que por el dicho mayorazgo està dispuesto, a falta de todos,* se deuen entender, en vno de dos sentidos, fauorables ambos a los transversales. El primero es, que aunque por la primera escritura de fundacion no parezca estàr determinado lo que se aya de hazer, en faltando los descendientes, toda via se entienda, que està dispuesto por la comprehension de la palabra, mayorazgo, hecho para conseruar la memoria, y las demas doctrinas referidas en los numeros antecedentes, conforme à las quales, à falta de descendientes, suceden los transversales, aunque no tengan llamamiento especial, *d. §. in fideicommiss. l. sua, C. de verbor. signific.* y como esto es conforme à la palabra, mayorazgo, y conseruacion de linage tan expressado en la primera fundacion, pudieron afirmar los fundadores, que lo dexauan dispuesto *Bart. in l.*

de nobil. gloſſ. 1. §. 1. num. 29. verſ. Præterea. El otro ſentido es, que quando no huuieran diſpueſto lo que ſe auia de hazer en eſte caſo; no por eſſo han de perder los tranſverſales el llamamiento que conforme à derecho, y naturaleza de los mayorazgos les pertenece, ſin que importe, dezir los fundadores, que dexauan diſpueſto lo que ſe auia de hazer en eſte caſo, no auiendolo hecho; optimus textus, *in l. ſi teſtamentum, C. de hæred. inſtitut.* ibi: *Si teſtamentum ita ſcriptum inueniatur, ille hæres eſto ſecundùm conditiones infraſcriptas, ſi quidẽ nihil eſt adiectum, neque aliqua conditio in teſtamento poſita eſt, ſuper vacuam eſſe conditionẽ policitationẽ ſancimus, & teſtamentũ purã habere inſtitutionẽ, l. 2. de hær. inſt.* ibi: *Ex partibus quas adſcripſero, non putat Marcellus eſſe hæredes nullis adſcriptis partibus; quemadmodum, ſi ita eſſent hæredes inſtituti, ſi eis partes adſcripſero, ſed magis eſt, vt ſic vtraque inſtitutio accipiatur, ſi voluntas defuncti non refragatur, ex quibus partibus adſcripſero, ſin minus ex æquis, l. cum pater, §. vicos, ff. de legat. 2. tradunt Doctores, in l. ſi teſtamentus, Gratian. lib. 2. cap. 220. ex num. 12.* donde en el numero 14 puſo por razon deſte diſcurſo lo ſiguiente. *Satis eſt enim, quòd apparet de voluntate circa ſubſtantiam diſpoſitionis, licet videatur imperfecta circa conditiones;* como ſi à nueſtro propoſito dixera, baſta que los fundadores hizieſſen mayorazgo, con que en ſubſtancia aſsi de deſcendientes, como de tranſverſales, tienen llamamiento general, y colectiuo, ſin q̃ importe no auerſele dado eſpecial à todos.

76 La dezima conſideracion es, que los fundadores vincularon tambien las legitimas que dexaron à ſus hijos, con las miſmas condiciones, y calidades pueſtas en el mayorazgo principal, añadieron: *Y declaramos, que ſi deſpues de impueſtos los dichos mayorazgos, y començandolos à gozar los dichos nueſtros hijos, y los que dellos procedieren, faltare ſuceſsion legitima, aſsi por los impedimentos expreſſados en eſtas eſcrituras, como por faltarles hijos, y deſcendientes, que el dicho mayorazgo ſe conſuma entre los demas por iguales partes; y eſte crecimiento ſea con la miſma carga de lo demas, y por eſta orden vayan conſumiendoſe todos los demas mayorazgos a quien faltare ſuceſsion; y ſi eſta faltare en todos, venga à ſuceder el dicho don Franciſco, y ſus ſuceſſores Mem. num. 38.* donde es de ponderar para la perpetuidad, lo vno, que ſi los fundadores quiſieron, que eſtos mayorazgos hechos de los alimentos de ſus hijos, ſe continuaſſen entre ellos, no auian de querer, que el mayorazgo principal ſe extinguieſſe en don Franciſco, ſiendo aſsi, que ſe inſtituia para conſeruacion del nombre, y familia, y en virtud de facultad, que les daua mas plena diſpoſicion de los bienes. Lo otro, ſi ordenaron, que Don Franciſco, por cuyo fauor ſe auia fundado el mayorazgo de las legitimas de los otros hijos, ſucedieſſe en los mayorazgos que a ellos ſe les dexauan; vinculandolos ſus alimentos, no ſe puede entender, que fueſſe ſu voluntad, excluirlos de la ſuceſsion del mayorazgo principal, y dar lugar à que en don Franciſco quedaſſen libres los bienes, y los pudieſſe enagenar en perſonas eſtrañas, que ſeria vna deſigualdad, y vn abſurdo intolerable, contra la congetura de la *l. cum auus, ff. de condit. & demonſtrat.* contra la perpetuidad de los mayorazgos, cõtra el afecto comũ, y natural de los padres; luego el no llamarlos fue, porque era de derecho, que ſe continuaſſe la ſuceſsion, no ſolo en los deſcendientes, ſino tambien en los tranſverſales: Y el llamar a don Franciſco a ſus mayorazgos

ra grauarſelos, ſegun lo que ſe dirà en el num. era neceſſario declarar que los hijos alimentados ſe ſucedieſſen vnos à otros; y vltimamente todos los bienes ſe reduxeſſen à la caſa principal.

77 La vndezima conſideracion eſtà en el llamamiento de los naturales, puesto en el num. 41. donde ſe dize: *E porque podrà ſuceder, que en los dichos mayorazgos viniesſe a faltar, como muchas vezes acontece, ſucesſion legitima de los que ſon llamados al dicho mayorazgo, eſtablecemos, è ordenamos, que faltando todos, è no auiendo quien legitimamente entre en los dichos mayorazgos, ſean tambien admitidos a la dicha ſucesſion hijo, e hija natural, que ſean limpios, è hidalgos, y no de otra manera. Mem. num.* 41. clauſula que declara muy viuamente el afecto a la perpetuidad del mayorazgo, porque los naturales no ſon capazes de ſemejantes ſuceſsiones, *l. 2. tit. 15. par. 2. l. 40. de Tor. Greg. in d. l. 2. gl. 10. q. 8. Molin. lib. 1. c. 4. nu. 46. & lib. 3. cap. 3. n. 41. Auend. in d. l. 40. glo. 11. num. 43. Aceued. in l. 11. tit. 6. lib. 5. num. 45. Aluar. de coniect. ment. defun. lib. 2. cap. 3. num. 75. Mier. par. 2. q. 2. numer. 1. & per tot. Flore. de Men. lib. 1. q. 16. num. 2. vſq; ad 37. & in Addit. ad Gam. deci. 24. Molin. de iuſt. & iur. diſp. 174. ad fin. Garc. de ben. par. 7. cap. 15. num. 50. Caſt. tom. 2. cap. 30. num. 18. & tom. 5. cap. 67. num. 19. & cap. 82. ex num. 41. Addition. ad Molin. dict. cap. 3. num. 41.* Y los tranſverſales ligitimos ſuceden por la naturaleza de los mayorazgos, y comprehenſion de la familia; luego ſi los fundadores quiſieron ſuplir la perpetuidad de ſu mayorazgo, y conſeruar ſu memoria, con ſuceſſores incapazes por derecho, no auia de excluir a los que ſon capazes por todos derechos.

78 Y aunque ſe diga, que faltando los legitimos, pueden ſuceder los naturales, eſta propoſicion es contraria à las reſoluciones de *Molin. locis ſupra relatis*, particularmente *lib. 1. cap. 4.* donde admite à los parientes tranſuerſales, y excluye a los naturales deſcendientes, y quando fueran en algun caſo ſuceſsibles, auia de ſer con el temperamento de *Mier. dict. q. 2. num. 134. Caſtill. dict. cap. 8. num. fin.* conuiene a ſaber, quādo han faltado todos los parietes tranſuerſales; y aqui donde no ay naturales deſcendientes, q̄ puedan oponerſe, queda eficaciſsima la ponderacion.

79 A que ſe añade, que ſi los llamamientos de don Franciſco, y ſus deſcendientes, ſe huuieſſen de platicar con la limitacion que doña Maria pretende, ſe ſiguiera, que auiendo dexado don Franciſco vna hija, ò vn hijo natural, ſe prefiera a los demas hijos legitimos de los fundadores, contra la naturaleza de los mayorazgos, y el afecto que ſe deſcubre en eſtas fundaciones, a la deſcendencia legitima, y al mayor luſtre de la caſa: luego para no dar ſemejante abſurdo, y contradiciō, ſe ha de reconocer, q̄ el mayorazgo no ha de contenerſe dentro de los llamamientos literales, ſino eſtēderſe tambien à otras perſonas ſuceſsibles.

80 Confirmaſe eſte diſcurſo, aduirtiendo, que los naturales eſtàn llamados, *no auiendo quien legitimamente entre en los mayorazgos*, palabras que comprehenden no ſolo à los deſcendientes, ſino a los tranſverſales legitimos, porque los vnos, y los otros ſon legitimos ſuceſſores en los mayorazgos, conforme à la *l. 2. tit. 15. par. 2. l. 40. Taur. Molin. lib. 1. cap. 4. per totum*, y eſta es la fuerça de la palabra, *legitimamente*, como ſe explica en la *l. 2. ff. vnde legit.* tra

mum hæredem faciat, siue alia lex, Senatusve consultum: y lo mismo prueua la *ley siguiente*, y otras muchas que junta *Bresonio li. 10. fol. 343. pag. 2. verbo, legitimi autē.* Luego el intento fue hazer vn mayorazgo legal para descendientes, y transversales, y suplir los llamamientos, aun con las personas que no suceden conforme a la ley, sino contra ella, para que assi fuesse mas perpetuo; y aunque se diga, que la palabra *legitimamente*, no ha de referirse a la sucessiō, sino al nacimiento, se responde, que en su propia significacion importa lo mismo que *secundum leges, iure legitimo, vel legitimo modo, Bris. d. lib. 10. fol. 346. vers. legitimè*; y junta con las otras palabras, *Entre en los dichos mayorazgos*, declara mas viuamente, que los fundadores quisieron admitir a todos los q̄ conforme a derecho podian suceder, y que en falta dellos, llamaron a los naturales; y como quiera que estas palabras se entiendan, se ha de reconocer la fuerça de la clausula, para estender los llamamientos.

81 La duodezima consideracion es, que los fundadores vsaron siempre de terminos, que denotan perpetuidad; porque en la introducion de la escritura, Mem. num. 1. hablando de la memoria de los fundadores, dizen: *Que se conserua, y perpetua, por medio de los mayorazgos*: y despues Mem nume: 4. ibi: *Guardando siempre entre hijos, è hijas esta orden, de que el varō prefiera a la hēbra, y el mayor al menor*, palabras propias, y naturales de vn mayorazgo absoluto, y perpetuo, *Moli. lib. 1. c. 5. n 33.* y en la prohibicion de enagenar. Memor. fol. 7. numer. 18. que los bienes no se diuidan *en ningun tiempo, para siempre jamas*, que estèn hechos vn cuerpo *perpetuamente para siempre jamas*. Y en la primera escritura de declaracion, Mem. num. 22. que la otorgan, *para la mejor orden, sucession, perpetuidad, y acrecentamiento del mayorazgo*, y en la vltima escritura añaden otras cosas, *para su mayor perpetuidad, y permanencia. Mem. num. 28.* y lo mismo repiten en el num. 35. y 39. y ponen el grauamen de armas, y apellido, y con bastar el solo à induzir vn mayorazgo perpetuo, y absoluto *Moli. lib. 1. cap. 5. n. 34.* añaden aquellas palabras tan significatiuas de perpetuidad: *Para siēpre jamàs miētras la memoria de los hombres durare, Mem. n. 39.* y cada vna destas palabras, ò clausulas, y otras muchas deste genero, que à cada passo se hallan en la fundacion, era bastante para estender la disposicion, conforme a las resoluciones de los Autores que refiere, y sigue *Fusa. q. 588. num. 16.* donde en el *num. 31. vers. non erit igitur*, dize, que esta es la mas comun, y verdadera opinion, y aqui no puede admitir controuersia alguna; por auerse repetido tantas vezes las palabras de perpetuidad. *l. Ballista cū vulg. ff. ad Treu.* y porq̄ los mayorazgos son disposiciones perpetuas; y assi mas facilmente admiten extension, como se notò en el n. 2.

82 Vltimamente se ponen en consideracion dos cosas, vna que concurriendo tantas clausulas, y congeturas de perpetuidad, como ay en esta fundacion, es clara la opinion que defendemos *Molin. dict. libr. 1. cap. 5. num. fin.* Otra, que quando el punto tuuiera dificultad, en qualquiera duda auia de determinarse por la perpetuidad, y continuacion del mayorazgo, como lo notò *Mier. par. 4. quæst. 29. num. 19.* ibi: *Quòd si dubitetur, an maioratus extinctus sit, vel adhuc duret, & sic, an bona remaneant libera, vel restitutioni, & vinculo subiecta, in dubio iudicandum est maioratum, non esse extinctum, nec bona esse libera, propter honorem*

83 Auiendo fundado por tantos medios la perpetuidad del mayorazgo, no serà dificil responder a las oposiciones que se hazen contra ella.

OPOSICION PRIMERA.

84 DIzese, que todas las clausulas que se han ponderado, para estender los llamamientos, se limitan precisamente a don Francisco de Sande, y a sus hijos, y descendientes, poniendoles a ellos solos la prohibiciõ de enagenar, y grauamen de armas, y apellido. Mem. num. 34. 15. 19. 39. 41. de donde infieren, que las palabras que denotan perpetuidad, no pueden estenderse à otras personas, ex adductis à *Fusar quæst. 683. & 688.* y que en los mayorazgos sintieron esto mismo Simancas, Gregorio, Mieres, y otros Autores.

85 En los numeros antecedentes se prouò, que los mayorazgos han de discurrir por todas las personas de la familia, aunque sean especiales los llamamientos, mayormente si se pusieron en oracion diuersa, ò ay razon congetural, de que los fundadores quisieron hazer vna disposicion perpetua; y assi qualquiera de las consideraciones referidas, es respuesta concluyente a la oposicion; porque sólo puede limitarse, quando el fundador vsò de terminos, que no dan lugar a extension alguna, como lo dize *Moli. lib. 1. cap. 4. num* 35. y lo explicò muy bien *Molin. el Theol. tom* 3. *disp.* 588. *numer.* 2. ibi: *Esto aliqui expressi sint, ad quos deueniat, dummodo non sit expressum, quòd ad eos tantùm adueniat, aut quòd eis deficientibus expiret*; y aqui en muchas partes se pusieron palabras muy comprehensiuas. Mem. fol. 7. ibi: *El dicho nuestro hijo, è los suyos, è los demas llamados*: y en el Mem. num. 15. ibi: *Sugetos siempre à restitucion del sucessor, è sucessores que fueren en el dicho mayorazgo*; y en el Mem. num. 33. ibi: *Los impedimentos, y grauamenes que se ponen à los sucessores presentes, y por venir*; palabras que pueden referirse à las personas llamadas literalmente en las clausulas, y a los que tienen llamamiento, y han de suceder conforme à la perpetuidad del mayorazgo. 18

86 Los Autores estrangeros, que trataron de la prohibicion de enagenar, estan encontrados sobre este punto, como consta de *Fusar. locis sup. relatis*, y hablando todos en fideicomissos, de su naturaleza temporales, los que defienden la perpetuidad, son en fauor de don Francisco de Mesa, y consortes, y los que la impugnan, no pueden aprouechar a doña Maria de Sande; porque este pleito es sobre vn mayorazgo, que sin necessidad de llamamiẽtos, o clausulas vniuersales, comprehende a toda la familia, y que es disposicion perpetua, quando el fundador no la limitò expressa, e ineuitablemẽte. Demas, de que si procedio la prohibicion de enagenar, o se puso en oracion distinta, o la razon della conuiene a toda la familia, conuierte el fideicomisso de temporal, en perpetuo, como se prouò en el *n.* 72.

87 Entre los Autores del Reino, es mas comun la opinion por los transversales, y la defienden los que la han tratado mas exactamente, y de los que se traen por doña Maria, vnos no ayudan su intento, y otros hablan en disposiciones, donde no ay tantas demonstraciones de perpetuidad, o erraron en los primeros principios de los mayorazgos, porque *Simancas de primog. lib. 1. c.* 25. se engañò en pensar, que el mayorazgo no era mas, que vna

mogenito ordine succesiuo defferatur, como dize *Mol. lib. 1. c. 1. n. 77.* y es comun inteligencia de todos los Autores del Reino.

88 *Palac. in repet. per vestras notab. 3. §. 26. n. 20.* con poca noticia de los mayorazgos, dixo, que si se hazen en el hijo mayor, no sucederan en ellos los hijos deste hijo; que es vna proposiciō estrañissima, y el mismo lo reconocio, concluyendo, *hæc tamen non firmo, sed cogitanda relinquo*, y la misma respuesta tiene Xuar *in l. quoniam in prioribus in declaratione, l. regni limit. 2. n. fin.* Demas, de que alli reconoce, que con la palabra *perpetuo*, se estiende el mayorazgo a todos los descendientes, y no niega, que se estenderà a los transversales.

89 *Peralta in l. statu liberum, §. stichum, n. 3 ff. de leg. 2.* no habla en los mayorazgos, sino en la prohibicion de enagenar, respeto de ciertas personas, y con razon limitada a ellas.

90 *Greg. in l. 2. tit. 15. p. 2. verbo, el pariente mas propinquo, in princ.* dize, *quòd substitutio facta alicui, si decesserit sine liberis, expirat illo decedente cum filio, vel cum filijs*, conforme al *cons. 21. de Oldral.* que no tiene lugar en los mayorazgos, *ex Molin lib. 1. cap. 6. num. 18.* y añade Gregor. *Quòd tamen procederet, vbi de mente disponentis contrarium non appareret*, y en el *vers. Vnde si quis faceret*, propone, *quòd si quis faceret maioriam in filium maiorem, & in ipsius defectum, in alium filium, & sic in alios filios, & eorum descendentes si contingat quòd omnes moriantur, expirat maioria, neque succedet frater constituentis maioratum*; pero luego añade, *De natura tamen cuiuslibet maioriæ videtur, quòd debeat esse perpetua, quando aliud non repugnaret*, y que da con esta opinion como vltima; y asi es Autor por los transversales; y en la *l. 3. tit. 13. part. 6. verbo, mugeres, q. 4.* dize, que si el fundador llamò solamente a los varones, *ita quòd non deueniat ad fœminas*, no podran suceder las hembras, aunque falten los varones: *Nisi conditor maioriæ voluisset maioriam esse perpetuam*; donde es mucho de aduertir, que admitiò a las hembras excluidas, donde ay congeturas en fauor de la perpetuidad. Luego con mayor razon se auràn de admitir los transversales, que no tienen exclusion alguna.

91 *Burg. de Paz cons. 44. ex num. 12.* propone otra question, y la decide por el *cons. 21. de Oldrald.* à que se ha respondido.

92 *Mier. p. 4. q. 29* trata el mismo punto que *Gregor. in dict. l. 13. verbo, mugeres, quæst. 4.* y aunque no admite a las hembras excluidas, es con el mismo temperamento: *Nisi aliud ex mente testatoris ex probabilibus, & verisimilibus coniecturis appareat*, como consta del num. 11. y aunque despues en el nu. 17. reprueua a *Molin. libr. 1. capi. 4.* es sin fundamento, ò razon alguna; y en el num. 19. dize, que en duda se ha de determinar, por la continuacion del mayorazgo.

93 *Angul. de meliorat. l. 11. glos. 11.* disputò la question, y la resoluiò contra Molina, pero en el num. 9. reconociò, que el mayorazgo comprehendia a todos los de la familia; y asi los llamamientos siguientes, no pudieron limitar esta comprehension, y como quiera que se entienda, no puede oponerse a la autoridad de Molina, y en nuestro mayorazgo ay muchas, y muy particulares circūstancias, por la perpetuidad. Finalmēte, el ser tantas, se considera por respuesta muy eficaz, para que preponderen à la limitacion de los llamamientos, porque es de aduertir, que ser pocos ò muchos los llamamientos, no dà, ni quita perpetuidad, donde no la ay: y asi vemos, que

aunque vn fundador haga muchos llamamientos, y sustituciones, no por esso dexarà fundado mayorazgo, si el fin no fue conseruar la memoria, ò se valiò de otros medios, que denoten perpetuidad, *vt ex Socin. in l. cum auus, nu. 113. ff. de cond. & demonst. concludit Molin. lib. 1. d. cap. 5. num. 38.* Luego si el ser muchos los llamamientos, no induze mayorazgo, el ser pocos, no ha de ser argumento de no induzirle, quia cõtrariorũ eadẽ est ratio, *§. 1. inst. de tute. & §. 1. inst. de his qui sunt sui, vel alieni iuris, cum simi ibus.*

OPOSICION SEGVNDA.

94 DIzese, que este mayorazgo se fundò con intento, y expressa voluntad de que en el sucediessen los hijos, y descendientes de los fundadores, segun, y en la forma de las escrituras referidas, y que asi no llamaron a transversal alguno, a falta de sus hijos, y descendientes, ni pensaron, ni tuuieron intencion, de que sus bienes passassen a personas que no fuessen de la sangre de ambos, y que en esta conformidad, auiendo tenido noticia doña Ana de Mesa, de que doña Maria de Sande estaua con resolucion de no tomar estado de matrimonio, otorgò la escritura de reuocacion, y la dexò por heredera vniuersal, y asi lo ha declarado la misma doña Maria, y que si su madre tuuiera sobre esto alguna duda, no dispusiera de los bienes como libres. Mem. n. 51.

95 Cerca desta declaracion, es de aduertir. Lo primero, que se hizo pendiente el pleyto, porque su fecha es de 18. de Hebrero de 1637. y la demanda se auia puesto en primero de Setiembre de 1636. como parece de la *Pieç. 1. fol. 2.* Y auiendola fundado los Abogados de doña Maria, principalmente en q̃ el mayorazgo no se acetò, y estaua reuocado por doña Ana de Mesa, les pareciò despues hazer mas esfuerço, en que los llamamientos se limitaron a los hijos, y a este fin, propusieron sin duda a doña Maria, lo declarasse asi, demanera, que la declaracion no es mas de vn concepto de los Abogados, que reconocieron la fuerça de la perpetuidad del mayorazgo.

96 Lo segundo, à esta declaracion auian precedido, la reclamacion de doña Maria, y la reuocacion de doña Ana, donde se hizo el mismo presupuesto, de que el mayorazgo no estaua acetado; y encaminandose ambas escrituras contra los transversales, por hallarse hija vnica doña Maria, se omitio, que la voluntad de los fundadores fuesse, llamar a solos los descendientes, argumento grande de la perpetuidad del mayorazgo, pues si este intẽto fuera cierto, no le callaran, siendo tan importante: *Nec enim debebant, tam magnam rem, tandiu reticere, l. si fortè, ff. de pœnis*, ni le pudiera ignorar D. Ana en hecho propio, *l. fi. ff. pro suo cum vulgat.*

97 Lo tercero, es cierto, que doña Ana tuuo el mayorazgo por irrevocable quando testò por su marido, y vendiò las tierras de Villaverde, y que no se deue estàr a lo que dixo despues cerca de la revocabilidad, como se prouò desde el num. 41 de donde se sigue, que aunque ella misma huuiera declarado contra la sucesion de los transversales, se auia de presumir tambien contra esta declaracion, *ex l. sicui, §. iisdem, ff. de accusat. l. non omnes, §. à barbaris. ff. de re milit. cap. semel malus. de reg. iur. in 6, cum adductis à Menoch. libr. 5. præsumpt. 32. ex n. 1.*

98 Lo quarto, siendo irrevocable el mayorazgo, y auiẽdose adquirido à los

transfversales derecho de fuceder en el, no pudiera D. Ana hazer declaració alguna en fu perjuyzio, *vt ex l. perfecta donatio, C. de reuo. dona. probãt Mier. de maior. p. 1. q. 44. n. 14. & 56. Cast. li. 3. controu. c. 10. n. 24. & li. 5. c. 182. n. 36. & 37.* donde aduierte, q̃ quando fea neceffario declarar alguna duda fobre la inteligencia del mayorazgo irreuocable, ha de hazerfe la declaracion: *Sicut à lege ipfa fit, & non aliter, item vt fubiectæ materiæ, & verbis difpofitionis propriè conueniat.*

99 Lo quinto, D. Ana inftituyò por heredera à fu hija, diziendo, q̃ todos los bienes q̃ auian quedado de fu marido, eran libres en D. Maria, por no auer tenido efeto el mayorazgo que auia reuocado, y de nueuo hizo la revocacion. Mem. num. 49. que es otro argumento eficacifsimo, de que fu inteligẽcia era, que el mayorazgo comprehendia tambien à los tranfverfales; pues à no eftàr cõprehendidos en el, no fe necefsitaua de la revocacion, refpeto de q̃ D. Maria como vltima llamada, podia difponer de los bienes como libres, *l. qui folidum, §. prædium, ff. delegat. 2.* y afsi para que lo pudieffe hazer, fe valiò folamẽte de la revocacion, como fe prouò en el num. 94. y afsi D. Maria no tuuo pretexto alguno, para declarar, que los fundadores no quifierõ q̃ fucedieffen los tranfverfales, fi ya no es q̃ diga, que pudo hazer la declaracion contra la voluntad de fu madre, como fe lo permite el codicilo. Me. num. 50. que feria vn abfurdo, y contradicion ineuitable, mayormente dõde ay perjuyzio de tercero.

100 Lo fexto, es vanifsima cautela efta de la declaracion de D. Maria, porq̃ fi fu madre no podia ya prejudicar à los parientes tranfverfales, menos cafo fe auia de hazer de fu declaracion, *ex adductis à Præt. de inter. vltim. volunt. lib. 1. interp. 1. dubit. 3. folut. 5. n. 6. Caftill. d. c. 182. n. 8.* mayormente fiendo intereffada, por la difpoficion libre deftos bienes, con q̃ no puede hazer declaracion alguna, q̃ fea en fauor fuyo *l. nullus, ff. de teftibus, l. omnibus, C. eodem cum adductis à Fari. q. 62. ex n. 2.* y afsi, afirmar en aquella efcritura, q̃ no auiã de fuceder los tranfverfales, fue lo mifmo, q̃ proponer la demanda, para q̃ fe declare afsi, y como no fe ha de determinar el pleito por la demanda; tã poco deue darfe credito alguno à la declaracion.

101 Lo fetimo, el añadir D. Maria, que fi huuiera tenido fu madre duda en la reuocacion, no la huuiera hecho, es otro affumpto eftraño, porque dõde ay perjuyzio de tercero, ceffan femejantes prefunciones, *glof. in ca. ftatutum, §. cũ verò, verb. ab aliquo de refcript. in 6. Felin. in c. vlt. n. 12. de præfumpt. Dec. in c. fuper literis, n. 8. de refcript. Albar. de præfumpt. reg. 3. num. 1. Menoch. lib. 5. præfumption. 1. num. 19.* y aqui ay perjuyzio ageno, è interes propio, y doña Ana, y doña Maria, han variado extraordinariamente en eftas declaraciones, y fon partes intereffadas en caufa de tanta confideracion; y por qualquiera deftos reparos, entendemos, que no folo fe refponde à la opoficion, fino q̃ fe defacreditan los medios con que doña Maria la ha pretendido introduzir.

OPO-

102 Esta opinion, se funda en vna clausula del testamento, que por el Doctor Francisco de Sande otorgaron doña Ana de Mesa, y otros testamentarios, donde refieren, que auiendo de partir de Guatimala para Cartagena, y preuiniendo, que en la embarcacion podrian perecer el, y su muger, y sus hijos, por tormenta, o por otro accidente, hizo su testamento, en que dispuso lo que se auia de hazer de la parte de bienes, que le tocauan en el mayorazgo, sino llegauan á suceder en el sus hijos, y declaran los testamentarios, que aquella fue su voluntad, en caso semejante, y que si sucediesse en la embarcacion, que auian de hazer para estos Reinos, se execute, y cumpla aquella disposicion, y doña Ana pueda ordenar de sus bienes a su voluntad, *mem. num* 78. a que han añadido vna declaracion del Licenciado Luis Enriquez, Oidor que fue de la Audiencia de Santa Fee, siẽdo en ella Presidente el Doctor Francisco de Sande, donde dize, que tiene por cierto, que no quiso llamar a la sucession del mayorazgo a los parientes transversales, y que lo mas que entendio del, fue, que en caso de faltar sus descẽdientes, empleara todos sus bienes en obras pias, como los quiere emplear doña Maria su hija, *mem. nu.* 37.

103 Este testamento enunciado del Doctor Francisco de Sande, es muy sospechoso; porque no se presenta, no se refiere, lo que contenia; no es verisimil, ~~ni importante~~, que auiendo hecho las demas escrituras juntamente cõ su muger, con tan particular atencion, a que el vno sin el otro en ningun tiẽpo dispusiesse de los bienes comunes, despues los diuidiesse con disposicion propia. A que se añade, que en el poder para testar se remite solo a las fundaciones de los mayorazgos, y manda, que se guarden, sin hazer menciõ alguna de otro testamento anterior, y si le huuiera otorgado en Cartagena, le lleuara consigo, y encargara tambien su obseruancia, o la reuocara; y lo q̃ es mas verisimil, no diera aquel poder tan general, que es lo que hazen los enfermos, quando sin auer ordenado antes sus cosas, se hallan en los vltimos terminos de la vida, como lo reconocen los testamentarios, *mem. n* 76. y assi, o se ha de reconocer, que no huuo semejante testamento, o que era fauorable a los parientes trãsversales, o que se oculta por otros particulares intentos, y todo es en mucho descredito de la pretension de doña Maria.

104 Tambien es mucho de reparar la clausula, en que los testamentarios declararon, que podia doña Ana disponer de su parte de bienes, en caso de faltar descendientes comunes, porque quando se trataua de excluir a los parientes transversales, por el medio de la reuocacion, no omitiera esta clausula del testamento, que ella misma auia otorgado, y juntando esta presumpcion a las que se pusieron en el *num. antecedente*, entendemos, que la materia queda muy sospechosa de falsa, porque todo el hecho, es sumamẽte inverisimil; y en negocios ciuiles, las sospechas bastan por prouança de falsedad, *Archidiac. in c. in memoriam* 29. *dist. num.* 12. & pluribus relatis, *Osasc. decis.* 117. *n.* 1. *Mascard. conclus.* 739. *n.* 4. *Farin. de falsit. q.* 152. *per tot.* aunq̃ sean extrinsecas, *Bald. in l. scripturæ, n.* 9. *C. de fid. instrum. Mascard. conclus.* 740. *nu.* 4. *Osasc. sup. ex n.* 7. *Farin. ex n.* 16.

105 Como quiera, que esto sea, el mayorazgo era ya irreuocable, y tenian adquirido derecho a el los parientes, conforme a la comprehension de las

clausulas,y a los demas fundamentos propuestos en la primera parte deste articulo,y no podia el Doctor Francisco de Sande, quitar,ni añadir, ni alterar sin el acuerdo,y consentimiento de su muger: y assi quando huuiera mandado expressamente, que a falta de los descendientes comunes, se distribuyeran sus bienes en obras pias, tuuieran los parientes transuersales, contra su disposicion las mismas defensas, que tienen contra la reuocacion de doña Ana de Mesa, particularmente auiendose confirmado el contrato,que passò entre los dos fundadores,por la muerte del vno,por la administracion del otro,por la impetraciõ de la facultad,y por los demas actos de aprouacion referidos,desde el *n.22*. y estando el mayorazgo aceptado por don Francisco,con el consentimiento que dio para la venta de las tierras,y subrogacion del juro.

106 A que se añade,que los testamentarios excedieron mucho en la clausula,de que se vale doña Maria. Lo vno,porque el Doctor Francisco de Sande,en el poder que les dio auia ordenado, que se guardassen las escrituras de la fundacion del mayorazgo,y ellos se alargaron a mandar,que se guardasse el testamento,donde podia auer disposiciones contrarias al poder,a que no se estendia su autoridad,*l.35.Taur.* cum adductis à *Matienço ibi glossa 1.n.6*. Lo segundo, en el poder para testar,se puso la clausula ordinaria, en que se reuocan los testamentos anteriores,que aunque no se sacò en el memorial,se insinua en el *fin del num.75*. y es cierta,y assi no pudieron los testamentarios disponer,que se guardasse el testamento reuocado. Lo tercero, auiendo tantos fundamentos para que se continuasse el mayorazgo, aunq̃ faltassen los descendientes comunes,no auian de hazer vna declaracion tã voluntaria,sin reconocer el testamento,*l.1.§.1.ff.quemadmod.testam.aperiant. l.de his,C.de transact.* y lo que se dexa entender de la clausula, es, que no tuuieron noticia alguna de la disposicion,y de aqui sale vn argumento eficacissimo,de que no huuo tal testamento. Lo quarto,fue tambiẽ exceso dar facultad a doña Ana de Mesa, para que dispusiesse de sus bienes en falta de los descendientes comunes,por las mismas razones, que se han referido,y porque era ella misma la que hazia la declaracion en su fauor.

107 De todo este discurso resulta, que quando sea cierta la clausula puesta por los testamentarios,fue doña Ana quien los dispuso, para que sin noticia alguna del testamento, declarassen la voluntad del Doctor Francisco de Sande, y a ella la diessen permission para deshazer el mayorazgo, y aora doña Maria se vale deste mismo pretexto con estraña implicacion,porque pretende,que su padre aya dispuesto destos bienes, en falta de la descendẽcia comun para excluir a los transuersales,y dize,que el mayorazgo no quedò perfeto,que no se aceptò,que se le deuen sus legitimas, que puede disponer libremente de todos los bienes; en suma,no quiere, que se guarde el testamento,ni que se continue el mayorazgo: y assi en ninguna destas pretẽsiones deue ser admitida,por el encuentro dellas,*l.1.C.de furt. l.Titiæ si non nupserit,ff.de condit. & demonst. cum vulgat.*

108 No se deue estimar mas la declaracion del Licẽciado Luis Enriquez. Lo primero,porq̃ se examinò fuera de tiempo,*mem.num. 72.y 73.* y assi no haze fee,*Imol.in c licet causam,num.28.de probat.*

pendiente, hizo en otro oficio la declaracion, a pedimiento de doña Maria, y asi quedò empeñado a ratificarse en lo mismo, que auia dicho. Lo tercero, porque es testigo vnico, y la causa muy graue, *cap. fin. 35. quæst. 6. c. admonere 33. quæst. 5. cap. licèt vniuersis, de testib. Farin. sup. quæst. 63. ex num. 1.* Lo quarto, porque depone sin noticia alguna de aquel testamento enunciado; antes reconoce, que no le vio, ni se le comunicò el Doctor Francisco de Sãde. Lo quinto, porque quiso con demasiado afecto acreditar su declaraciõ, diziendo, que huuo entre los dos mucha amistad, y correspondencia, y que por ella le dio poder insolidum para testar; siendo asi, que tambien le dio à los demas Oidores de aquella Audiencia, y a otras personas: y asi no deuio atribuirse mas conocimiento de la voluntad del testador, y esta es circunstancia, que desacredita la fee del testigo, ex *Farin. sup. q. 80. númer. 1. & sequentibus.* Lo sexto, toda su disposicion se funda en congeturas, e inteligẽcia propia, porque dize, que tiene por sin duda, no quiso el Doctor Francisco de Sande, que sucediessen parientes transuersales, agenos de su linea, y descendencia; y de la de su muger, y dà la razon, *porque en este caso claro es, q̃ auia de querer conformarse con la disposicion de derecho, y que el vltimo descendiente suyo, no teniendo descendientes, pudiesse disponer libremente de los bienes vinculados, como herencia no vinculada, ni sugeta a restitucion de transuersales, ni colaterales.* Donde no hablò, como Letrado, pues no solo no es sin duda, que el vltimo descendiente puede disponer de los bienes del mayorazgo, sino que antes la mas comun opinion es, que suceden los parientes transuersales, como se ha prouado, desde el *num.* 57. y en mayorazgo fundado por marido, y muger, y en que ambos tuuieron por fin principal la vnion de sus bienes, como se ve en las clausulas de la fundacion; la resolucion constante es, q̃ acabada la descendẽcia comun, suceden los transuersales mas cercanos, aunque lo sean del vno solamẽte; *Gregor. Lop. in l. 2. tit. 15. p. 2. glos. 18. q. 5. Gutier. cons. 2. nu. 9.* Y tampoco se conformò con la voluntad, que dize auia conocido en el Doctor Francisco de Sande, pues si en aquel testamento dexaua ordenado, lo que se auia de hazer de los bienes vinculados en falta de sus descendientes, ya no queria, que el vltimo descẽdiente dispusiesse dellos: y asi se contradize el testigo a si mismo, que es otro defeto muy grande. Lo septimo, dize, que lo que mas pudo entẽder de la voluntad del Doctor Francisco de Sande, fue, que por su mucha piedad, y christiandad en el caso presente hiziera lo mismo, que quiso doña Ana, y que queria aora doña Maria; congetura tambiẽ muy remota, y que no puede deduzirse de las disposiciones de los fundadores, porq̃ en la institucion del mayorazgo, mostraron extraordinario afecto a la conseruacion, y aumento de la familia, y a los demas fines, que se suelen proponer los que hazen semejantes fundaciones, sin que en ninguna de las escrituras dexassen memoria, ni obra pia, y aunque despues doña Ana quiso reuocar el mayorazgo, fue por complacer a doña Maria; a cuya disposicion dexò todos sus bienes, sin grauarla, à que los distribuyesse en esta, o aquella forma.

109 Hase discurrido sobre esta oposicion mas largamente de lo que pedia la dificultad, para que mejor se reconozca, quã estraños son los medios por [...] ha querido defraudar destos

Articulo Segundo.

110 BIEN Reconoce Doña Maria, quan dificil es el deshazer el mayorazgo, à titulo de auerse reuocado, ò de auer cessado los llamamiẽtos, y por no desistir de su intento, quiere sacar del algunas partidas, ya por legitimas, ya por otras causas, que se examinaràn por su orden en este Articulo, tratando primero de las pretensiones contra los bienes del Doctor Francisco de Sande, y despues de las que son contra los bienes de Doña Ana de Mesa.

Pretensiones contra los bienes del Doctor Francisco de Sande.

PARTIDA PRIMERA.

111 PArece que el año passado de 1599. hizo el Doctor Francisco de Sande donacion de 24U. pesos à Doña Maria, y Doña Francisca de Sande sus hijas, y à las demas que le naciessen en adelante para sus casamientos, situandoselos en lo que le deuia, y auia de auer por el Pedro Lopez Treuiño, y dize Doña Maria, que los cobrò, se los deue su padre, y la pertenecen enteramente por su persona, y como à heredera de su madre, en quien recayò la herencia de Doña Francisca. Memorial desde el numero 82.

112 Esta pretension no subsiste en hecho, ni en derecho. Lo primero, porque la donacion no se compadece con las escrituras de mayorazgo, en que el Doctor Francisco de Sande, y Doña Ana de Mesa, incluyeron todos sus bienes presentes, y futuros, y señalaron los alimentos, y dotes, en lugar de legitimas, y los situaron en los frutos de los primeros años. *Memor. num.* 25. 27. *y* 36. y es tambien contraria al poder para testar, en que el Doctor Francisco de Sande instituyò por herederos à sus hijos, è hijas de la forma declarada en sus vinculos. *Memor. fol.* 42. *versic. item declaro*; y assi no es de creer, q̃ à las hijas les señalasse otros dotes diferentes: Y tampoco se dexa entẽder, à que fin les auia de hazer la donacion tan adelantadamente, quando eran de muy poca edad Doña Francisca, y Doña Maria, y tan incierto el nacimiento de otras hijas; y la misma, ò mayor estrañeza tiene el preuenir, que el dinero fuesse dellas en propiedad, y vsufruto, y q̃ se empleasse à su riesgo, y ventura, reseruandose solamente el poder cobrarlo, y beneficiarlo, porque en caso de perderse, no salia de la obligacion de dotar à sus hijas, pues aun despues de entregado, se les constituye nueuo dote, si se pierde el primero, por qualquier accidente, *Bart. in l. si cum dotem, §. 1. num. 2. ff. solut. matrim. vbi communiter DD. Bald. in authent. quòd locum, num. 4. C. de collation. Moli. lib. 2. cap. 16. num. 22.* y assi por estas consideraciones, la donacion es muy sospechosa de falsa; y quando sea cierta, por ellas mismas se ha de tener por simulada, para cautelarse contra los sucessos de alguna visita, v otros casos, à que se atendiò mucho en las clausulas de translacion de dominio, y de vsu

dula priuada, y con testigos confidentes. Y este intento se calificò mucho con la visita siguiente; y despues della, no cobrò la partida Doña Ana de Mesa, como propia de Doña Francisca, y Doña Maria, sino como deuida à la herencia, y en nombre de todos sus hijos. *Memor. num.* 112. y de todas estas congeturas se prueua plenissimamente la simulacion, *ex adductis à Fari. q. 262. ex n. 94.*

113 Como quiera que aya passado la donacion, es cierto, que el Doctor Frãcisco de Sande no cobrò la partida, porque muriò el año de 1602. y el de 1605. Don Nuño Nuñez de Villavicencio, que prosiguiò la visita, hizo diligencias para que se cobrassen de Bartolome de Cepeda 23U683. pesos, q̃ atribuyen aora à esta donacion; y vltimamente, Doña Ana de Mesa, como curadora de sus hijos, cobrò 18U575. pesos. *mem. num.* 74. 89. *y* 112. y assi la pretension de Doña Maria, se conuence de los mismos papeles, que por su parte se han presentado, y no entendemos como quiere, que los bienes de su padre la paguen lo que su madre cobrò, y los pretende cobrar duplicados.

114 Aunque la donacion fuera cierta, y el Doctor Francisco de Sande huuiera cobrado esta partida, no la podia pedir Doña Maria, porque estaua ya vinculada entre los demas bienes, por ambos fundadores; y à ninguno dellos le era licito sacarla del mayorazgo, como se ha prouado en el primer Articulo. Demas de que ya à Doña Maria se le auian señalado los alimentos, en lugar de legitima, conforme à la clausula de la facultad; y no la puede pedir duplicadamente. Y la parte de D. Francisca tiene otra cõsideracion particular, y es, que quando huuiera recaìdo en Doña Ana de Mesa, como su heredera, auia de boluer otra vez al mayorazgo, en virtud de la segunda escritura, donde se incluyeron todos los bienes presentes, y futuros de ambos fundadores.

115 Vltimamente reduziendo las cosas à los terminos en que las pone Doña Maria, no pudiera sacarse esta partida de los bienes del Doctor Francisco de Sande, y especialmente de los que se incluyeron en el mayorazgo, porque desde su principio se fundò demanera, que no le pudieron alterar los fundadores, el vno sin el otro, y en consequencia, no quedò sugeto à las deudas que qualquiera dellos contraxesse despues, como lo resuelue *Molin. lib. 1. cap. 10. nùm.* 11. ibi: *In omnibus casibus, quibus diximus, ac probauimus maioratus possessorem teneri ad debità maioratus institutoris persoluenda, id intelligendum est nisi post maioratus institutionem, qui virtute clausularum in eo appositarum, vel aliàs irreuocabilis sit, debita contracta sint, tunc enim ad ea maioratus possessor non tenebitur,* y dà la razon: *Sicut enim non potest directè maioratus institutor maioratum irreuocabilem effectum reuocare, sic etiam non poterit id indirectè efficere, plura debita in præiuditium maioratus successoris contrahendo.* Y lo mismo resueluen *Antonio Gom. in l. 40. Taur. num. 72. Peralt. in l. 3. §. qui fideicommissam, num. 124. ff. de hæredib. institut. Molin. Theolog. disp. 640. in fin.* Y otros autores, que junta el *Adicionad. à Molina d. num. 11.*

PARTIDA SEGVNDA.

116 Doña Ana de Mesa pagò 4U. ds. en que se compusieron los cargos de la visita del Doctor Francisco de Sande, y aora pretende D. Maria,

117 Pero ſe reſponde, que el mayorazgo ſe fundò antes, que el Doctor Franciſco de Sande paſſaſſe a las Indias, y aſsi la deuda que reſultò de los cargos de la viſita, no fue comũ, ſino propia, y ſe causò deſpues de la fundaciõ, y en conſequencia no puede cargarſe a aquellos bienes, y ſe deuio pagar de los frutos del mayorazgo, de que doña Ana de Meſa quedò por adminiſtradora, como ſe prouò en el *n.* 113.

PARTIDA TERCERA.

118 EN la vltima eſcritura de mayorazgo, ſeñalaron los fundadores a cada vno de los otros hijos 150ꝟ. marauedis de rẽta, por ſus legitimas, y alimentos, y a todos ſe los vincularon, para que los tuuieſſen por titulo de mayorazgo, y ſe ſucedieſſen vnos a otros, reciprocamente, y no dexãdo deſcendientes, ſe incorporaſſen en el mayorazgo principal, que ſe ponia en cabeça de don Franciſco, y ordenaron, que ſe fueſſen ſituando eſtas rentas de los frutos deſte mayorazgo, *mem. n.* 36. *haſta* 38.

119 Deuianſe legitimas, o alimentos, quando murio el Doctor Franciſco de Sande a don Fernando, don Pedro, don Alonſo, doña Franciſca, y doña Maria, y la mitad del principal de los 150ꝟ ducados, importan 14ꝟ037. ducados, que dize doña Maria ſe le deuen de los bienes vinculados de ſu padre, aſsi por ſu perſona, como por la herencia de doña Ana de Meſa ſu madre, que ſucedio a los demas hijos, ſin embargo del vinculo, porque no ſe pudo poner a las legitimas, o alimentos, ni ellos conſintieron el grauamen, ita *mem. num.* 109.

120 Reconocemos, que quando en fauor de algun hijo, ſe funda mayorazgo de todos los bienes, por virtud de facultad real, ſe deuen dar a los demas hijos alimentos, q̃ ſuceden en lugar de legitima, y por eſta razon, han de ſeñalarſe en propiedad, y ſin grauamen, *Mol. lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 10. *&* 11. pero en eſte caſo ay muchas conſideraciones, para que no ſe haga deduciõ alguna del mayorazgo. La primera conſideracion, es, que eſtos alimentos, o legitimas, ſe auian de ſituar de los frutos del mayorazgo, como ſe dixo en el *n.* 116. y ha de dar cuenta dellos doña Maria, como heredera de ſu madre, que los adminiſtrò con eſtas, y otras cargas, como ſe notò en el *n.* 113. y ſe dirà en el articulo tercero. La ſegunda conſideracion, es, que tambien deue dar cuenta de todos los bienes, y herencia del Doctor Franciſco de Sande, de donde ſe pudiera auer comprado la renta para eſtas legitimas, quando los frutos no fueſſen ſuficientes a todos los empleos, porque no ſe ha de diminuir el mayorazgo, *niſi in ſubſidium*, como dize *Mol. lib.* 1. *c.* 10. *nu.* 4. La tercera conſideracion, es, que por la miſma razon de auer recaido eſtas legitimas en doña Ana de Meſa, como heredera de ſus hijos, recayerõ en el mayorazgo principal, donde los fundadores vincularon todos ſus bienes preſentes, y futuros, con palabras vniuerſales, y geminadas, *mem. n.* 43. La quarta conſideracion, es, que ſi bien no conſintieron los hijos el grauamen del vinculo, como le puſo doña Ana, no le pudiera impugnar, quando ſucedio en eſtas legitimas, conforme a la *l. rem alienam, ff. de pign. actio. l. fundũ, ff. de fund. dot. l. cum vir. ff. de vſucap. vbi DD. Bald. in l. ſi is; C. de præd. min. Crauet. de indemnitat. mulier. n.* 14. *Caualcan. de tutor. & curator. n.* 175. *Menoch. conſ.* 58. *n.* 41. *Honded. conſ* 19. *n.* 9. *lib.* 2. y aqui, donde concurren eſtas dos vltimas cir-

ſideracion,es,que los fundadores pudieron ſeñalar a ſus hijos mas moderados alimentos,y en el exceſſo vale el grauamen,ex *Mol.d.cap.*15.*numer.*12. La ſexta conſideracion, es,que con fe a la clauſula del *mem.n.*37.don Franciſco primer llamado,ſolo pudiera gozar 3U. ducados de renta en los 19. primeros años,y lo reſtante de los frutos del mayorazgo auia de conuertirſe en comprar renta para las legitimas , y mayorazgos de los demas hijos,y con la miſma carga ha ſucedido doña Maria,*l.licet Imperator,ff. de leg.* 1.*l.cum pater*,§.*ab inſtituto,ff.de leg.*2.*l.qui fundum*,§.*qui filium,ff.ad l.falcid.l.non iuſtam,C.ad Trebel.Pereg.de fideicom.art.*16.*n.*58.*Menoc. lib.*4.*præſumpt.*108. 57.*Bello.conſ.*62.*num.*7.y aſsi no podrà pedir ſu miſma legitima , o aurà de hazer eſta ſeparacion de frutos,deſde el año mil ſeiſcientos,y treinta,en q̃ murio ſu madre.

Pretenſiones contra los bienes de doña Ana de Meſa.

PRIMERA PARTIDA.

121 Eſta partida es la de aquella donacion,que dizen hizo el Doctor Frãciſco de Sande a doña Franciſca,y a doña Maria ſus hijas , ſobre q̃ ſe diſcurrio,deſde el *n.*109.quierela cobrar doña Maria dos vezes, y aunq̃ eſto ſolo baſtaua para reconocer quan ſin fundamento ſon ambas preteſiones,ſe añade.Lo primero,que auiendo dicho en el *n.*82. que cobrò el Doctor Franciſco de Sande eſta partida , tiene preſentados algunos autos, por donde conſta, que Bartolome Cepeda pagò a doña Ana de Meſa 18U. 575.peſos,*mem.nu.*112. que es vna implicacion eſtrañiſsima.Lo ſegundo, la partida corria por cuenta , y rieſgo de las donatarias , como lo dize la miſma cedula de la donacion,*mem.num* 83.y no ſe prueua,que fueſſen parte della los 18U575.peſos,porque ſolamente ſe trae para eſte intento vna eſcritura,que Bartolome de Cepeda otorgò onze meſes deſpues de hecha la donacion,obligandoſe en ella a pagar a Pedro Lopez Triuiño,o a Gaſpar Lopez 50U571.peſos,por razon de ciertas mercadurias,*mem.num.*87. que no es prouança de la identidad,por la diferencia de las perſonas , y de las cantidades.Demas,de que doña Ana de Meſa cobrò eſte dinero,como curadora de ſus hijos,y no en nombre de ſus hijas,que eran las donatarias, argumento grande de que no las tocaua,porque quando tratò de la cõprouacion de la cedula,hizo los pedimientos ſeñaladamente por ellas,*mem.n.* 86. Lo tercero,la parte que en eſta donacion tenia doña Franciſca,nunca pudiera pertenecer a doña Maria,por auer recaido en el mayorazgo, como ſe aduirtio en el *n.*112. Lo quarto, en ningun caſo ſe deuen ſacar eſtos 18U575. peſos de los bienes del mayorazgo , por ſer deuda ſolamente de doña Ana,contrahida en la tutela,y adminiſtracion de los bienes de ſus hijos,ſegun las reſoluciones propueſtas en el *numer.*113. Lo quinto,tambien aqui tiene lugar la pretenſion, de que doña Maria dè cuenta de los bienes que auia en la herencia de ſu madre,y de los frutos del mayorazgo,y haſta tanto,no puede intentar derecho alguno contra el.

PAR-

PARTIDA SEGVNDA.

122 DOña Maria pagò a don Francisco Ordoñez de Valencia 10ʒ765. reales, a cumplimiento de 12ʒ011. que dize le deuia su madre, y quiere, que aora se paguẽ de los bienes q̃ incluyò en el mayorazgo *mem. nũ.* 114. y 115.

123 Pero se responde, que ninguna deuda q̃ no sea comũ de ambos fundadores, y anterior à la institució del mayorazgo, è hipotecaria, se puede sacar de los bienes irreuocablemẽte vinculados. A que se añade, q̃ tiene manifiesta implicacion dezir, que es heredera, no manifestar el inuentario, no dar quẽta de los frutos percibidos por discurso de tãtos años, y pretender, q̃ de otros bienes, se paguẽ las deudas q̃ tocan à la herencia, como se prouò en los *numeros antecedentes.*

PARTIDA TERCERA.

124 EN Las capitulaciones del casamiẽto de D. Francisco de Eguiluz, y D. Mariana de Mesa, se obligaron D. Ana de Mesa, y D. Maria de Sande al saneamiẽto de 6ʒ. ds. q̃ Cristoual de Mesa, padre de D. Mariana, prometia en dote, y D. Ana por si sola ofreciò 8ʒ. ds. mas, y aora se pretẽde contra el mayorazgo, q̃ de sus bienes se hã de sacar 10ʒ. ds. los 8ʒ. del ofrecimiento de D. Ana, y los 2ʒ. q̃ faltan para cũplir los 6ʒ. *me. nu.* 117. *y* 118.

125 Esta pretension se conuence de si misma, porque si Doña Ana no pudo reuocar el mayorazgo, conforme al presupuesto sobre que se escriue este Articulo, tampoco pudo obligarle à la paga de vna deuda tan voluntaria, como se prouò en el *num.* 113. y por la misma, o mayor razon, no se deuen los 2ʒ. ds. en que tambien està obligada D. Maria, pues nunca las obligaciones del posseedor, ò sucessor corren por quenta del mayorazgo, *ex Mol. lib.* 1. *c.* 10. *n.* 29. *vbi Addicionator, refert concordantes.*

PARTIDA QVARTA.

126 TAmbien pretende D. Maria, que son carga de los bienes de su madre 9ʒ. ds que dize importan el funeral, y las mandas, y legados de su testamento. *Mem. n.* 120. *y* 121.

127 No se justifica el hecho desta pretension, y quando fuera cierto, no auia de correr por quenta del mayorazgo, ò porque se hizo de todos los bienes presentes, y futuros, y assi no tienen lugar las mandas, y legados, ò porque se han de sacar antes las deudas, *l. in ratione, §. quod vulgo, ff. ad l. falcid. l.* 1. *§. quibusdam, ff si cui plusquam, per l. falci. l. successores, C. ad l. falcid. l. vniuersæ, C. de leg.* Y doña Ana deuia dar quenta de los bienes de su marido, y de la administracion de tantos años, porque Doña Maria deue exhibir el inuentario q̃ hizo de los bienes de su madre, para ajustar su disposicion, ò porq̃ el funeral ha de salir tambien de la herencia, y solo puede estàr obligado à pagarle el mayorazgo, en falta de otros bienes, y esta obligacion correrà por quenta de Doña Maria, como heredera vniuersal. *l. & si quis, §. fin. l. quod si nulla. ff. de religios. & sumpt. funer.* y como primera sucessora del mayorazgo, para que estos gastos se paguẽ de los frutos, sin vẽder, ni sacar del bienes algunos, *ex addu ctis à Mastri. decis.* 203. *Garc. de expens. cap.* 16. *n.* 33. *Castill. lib.* 5. *c.* 161. *à nu.* 36. *Addition. Mol. lib.* 1. *c.* 10. *n.* 33.

128 DIze D. Maria, que se le deuen otros 14437. ds. por la mitad de las legitimas de Doña Ana de Mesa. *mem. n.* 123.

129. A que se responde, que auiendo muerto D. Ana con sola vna hija, que es D. Maria, solo se pudiera pedir vna legitima, porque es vna porcion de los bienes, señalada por la ley, y deuda abintestato, *l. Papinianus, §. quarta, ff. de inoffic. testam. l. parentibus, C. eodem Rainutius de testam. gloss. & DD. in authent. nouissima, C. de inoffic. testament. Merl. de legitim. lib. 1. tit. 1. q. 1. num. 2.* y assi no se deue antes de la muerte, *l. cum quæritur, C. de inoffic. testam. l. 1. §. si impubere, ff. de coll. l. 1. §. interdum, ff. de vulg. l. vlt. & ibi Bart. & Bald. ff. de liber. agnosc. Alex. in l. lex Corne. n. 6. ff. de vulg. Soci. in l. cum filius fam. num. 8. ff. de leg. 1. Merl. sup. lib. 5. tit. 3. quæst. 2. ex num. 1.* de donde resulta, que los hijos en vida de sus padres no tienen mas que vna esperança de suceder incierta, è improuable, que no produze efeto alguno, *d. §. si impubere,* ibi: *Præmatura est enim spes collationis cum adhuc viuat is, cuius de bonis quarta debetur, vbi Bart. idem Bart. in l. sciendum, num. 12. ff. qui satisdar. cogant. DD. in l. fin. C. de pactis, Iason in l. is potest, à num. 16. ff. de acquir. hæred. cũ pluribus adductis à Thom. Sanchez libr. 7. in præcepta decalog. cap. 2. num. 8.* y quando faltare esta respuesta, que es tan concluyente, quedaràn otras que se dieron en el *n.* 118. tratando de las legitimas del Doctor Francisco de Sande.

130 La ligitima de D. Maria, tampoco se deue deduzir de los bienes del mayorazgo, por las razones siguientes. La primera razon es, q̃ aunque en los bienes del Doctor Francisco de Sande, se le deuiesse ligitima à D. Maria, ò alimentos en lugar della, no la puede pedir en los de D. Ana, porq̃ al tiẽpo de su muerte se halla hija vnica, y primera sucessora del mayorazgo, y la facultad manda, que se dexen alimentos à los demas hijos, y no à D. Francisco, en cuyo lugar ha sucedido D. Maria. La segunda razon es, que las deudas son primero que las legitimas, *l. Papinian. §. quarta, ff. de inoffi. testam. Bar. in l. 2. num. 1. C. si in fraud. patron. Cuman. in l. hæreditatum, num. 5. C. de bon. auctor. iud. poss. Pic. in l. post contractum, num. 13. ff. de donat. Pinel. in l. 1. §. 3. num. 83. C. de bon. mat. Valasc. de partit. cap. 17. num. 4. Merlin de legitim. lib. 1. tit. 1. q. 2. ex n. 1.* y D. Ana ha de dar quenta del vsufruto de los bienes del mayorazgo, y de los demas bienes que se auian de incorporar en el, conforme al contrato reciproco, y oneroso hecho entre ella, y su marido, en las escrituras de fundacion. La tercera razon es, que no auiendo mostrado el inuentario de los bienes de su madre, no puede pedir ligitima en los del mayorazgo, porq̃ si biẽ se ha controuertido, si el hijo pierde la ligitima, por no auer hecho inuẽtario, *vt constat ex adductis à gloss. & DD. in authen. sed cũ testator, C. ad l. falci. Osasc. decis. 148. Pereg. de fideicomm. art. 36. num. 141. Marescot. lib. 1. var. ca. 23. Merl. de legit. lib. 3. tit. 2. q. 24.* dize *Bart. in d. authent. sed cũ testator,* que aurà de pagar los legados de su propia hazienda, y le siguen comunmente los Autores, *vt videre est apud Pereg. vbi sup. Merl. d. q. 24. num. 18. Surd. decis. 326. num. 16.* ò tẽdrà necessidad de prouar los bienes que auia en la herẽcia, para excluir la presuncion, de que los oculta, como lo aduierten *Couarr. in C. hæres, num. 9. de testamen. Cuchus de legitim. num. 24.* y aqui es mas eficaz esta pretension, quãto es mas culpable, no auerse exhibido el inuentario de D. Ana de Mesa, ni el

donde se pretende defraudar el mayorazgo. La quarta razon es, que trata D. Maria de sacar la ligitima, ò alimentos de los bienes señalados de vn mayorazgo irreuocable, diziendo, que no ay otros de dõde cobrarla; y fundandose en esto, lo ha de prouar, *l. cum de lege, ff. de probat. cũ adduct. à Barb. in l. maritum, ex n. 22. ff. solut. matrim. Couarr. lib. 2. variar. cap. 6. num. 3. Mol. lib. 4. cap. 7. num. 35.* y assi viene à ser este caso muy distinto del que tratan los *Autores in d. authentic. sed cum testator.* La quinta razon es, que quando pudiera D. Maria pedir esta ligitima, auia de cobrarla de si misma, haziendo la separaciõ de frutos, ordenada en la clausula del *n. 37.* como se notò en el *n. 118.* y por qualquiera destas razones, queda conuencida la pretension.

Articulo Tercero.

131 EN La segunda escritura de mayorazgo, vincularon los fundadores todos, y qualesquier bienes muebles, raizes, y derechos auidos, y por auer. *me. n. 23.* y esto mismo les cõcediò la facultad. *me. n. 2.* y cõ ella no ay duda q̃ se puedẽ hazer semejãtes mayorazgos. *Mol. lib. 2. c. 10. n. 15.*

132 Ordenaron en la misma escritura, q̃ quien sobreuiuiesse dellos, quedasse en la administraciõ de los bienes, cõ obligacion de alimẽtarse, y de alimẽtar à sus hijos moderadamẽte, dar dotes a sus hijas, y emplear lo restãte a fauor del mayorazgo, *me. n. 27.* y q̃ por muerte del vltimo de los dos, los bienes de que no estuuiessen hechos empleos, se entregassen por la justicia à sus testamentarios, para comprar juros, v otra renta, como pareciesse mas conueniente, y que todo quedasse en el mayorazgo, *Memor. num. 23.* Y en la vltima escritura dispusieron como se pagassen las ligitimas, ò alimentos à los demas hijos, haziendo separacion de los frutos *mem. n. 37. y 38.*

133 Doña Ana de Mesa se entrò en todos los bienes, assi los que se señalaron en el mayorazgo, como los demas, y los administrò desde el año de mil y seiscientos y dos, hasta el de mil y seiscientos y treinta, y fue testamentaria de su marido, tutora, y curadora de sus hijos, administradora, y vsufructuaria del mayorazgo, y por qualquiera destos titulos, deuiò hazer inuentario, como testamentaria, *l. Tutor, qui repertorium, ff. de administrat. tutor. l. fin. §. illo, C. arbitr. tutor. Speculator. de instrument. edit. num. 14. versic. Sed an simplex, vbi Bald. Cardin. in Clement. 1. de testamentis, Signorol. in consil. 147. Alexand. consil. 15. nume. 8. lib. 6.* como curadora, *gloss. in l. si quis prioris, §. fin. C. de secund. nupt. & in l. fi. §. si autem æs alienum, C. de bonis quæ lib. Bald. in l. cum oportet, §. fin. C. eodem titulo, & in l. filiæ cuius, column. fina. C. fam. ercisc. Alexand. consil. 110. in fin. libri 5.* como administradora, *Bart. l. tutor. qui repertorium, ff. de administrat. tutor. Bald. & Imol. in l. cum tale, §. 1. ff. de condition. & demonstrat. Alexand. in l. in ratione, §. quod vulgo, column. 12. ff. ad l. falcid. & consil. 82. numer. 15. libr. 2. Guid. Papa, decis. 351.* como vsufructuaria, *l. 1. §. rectè, ff. vsusfructus, quemadmodum caueat, Angel. in §. constituitur inst. de vsuf. n. 8. Pin. in l. 1. C. de bon. mat. p. 2. nu. 22.* y esta obligacion es tan precisa, que no la puede demitir el testador, *l. 1. C. de vsufrut. DD. in l. nemo potest, ff. de leg. 1. Pin. d. p. 7. n. 76. Boer. decis. 61. n. 12. Molin. d. c. 28. n. 11.* y por las mismas causas deuia dar quẽta ò à los hijos, ò al sucessor del mayorazgo, ò à los demas interessados, que es el fin à que se en-

6.p.6.Esc.ob.de ratiocin.cap.9.num.2. de donde resulta, que todos podiã pedir contra ella, que se les defiriesse el juramento ad litem, en caso de no exhibir el inuentario, como lo resuelue largamente *Far.p.2.frag.verb.iuramẽtum in litem, n.1062.1107.1117.*

133 No pudiera negar D. Ana esta obligacion, porque ella misma, con los demas testamentarios del Doctor Francisco de Sande, mandò q̃ se guardassen las escrituras del mayorazgo, y se nõbrò por curadora de sus hijos, *mem. n.67.* y en la escritura de revocacion dixo, q̃ era tenedora, posseedora, y vsufrutuaria de los bienes del mayorazgo, *mem.n.48.* y deuiò administrar cõ quenta y razon, y hazer empleos, para q̃ siruiessen al aumento del mayorazgo, y à la paga de las legitimas, y tuuo para todo grãdes comodidades, porq̃ administrò cerca de 28. años, murieron los demas hijos, quedando sola doña Maria, ninguno dellos llegò à tomar estado, con que fueron menos los gastos, y cessò la obligacion de las legitimas; y assi auia de tener aora el mayorazgo grandes aumentos, y no solo no se hallan, pero pretende deshazerle con tan estrañas pretensiones, como las que se han tratado en el Articulo segundo.

134 Tambien doña Maria faltò a su obligacion, no solo, porque deuio hazer inuentario, como heredera, sino porque tenia noticia de las escrituras de mayorazgo insertas por ella misma en la reclamacion, y como testamẽtaria de su madre, auia de recibir los bienes de mano de la justicia, para hazer los empleos, conforme a la clausula del *mem.num.23.*

135 A todas estas obligaciones se ha faltado en grauissimo perjuyzio del mayorazgo, y por el pretende don Francisco de Mesa, y consortes, que doña Maria por si, y como heredera de su madre, de cuenta, y exhiba los inuẽtarios, sobre que la han puesto reconuencion, *mem.n.125.*

136 Replica, que no deue dar cuenta del vsufruto, que gozò su madre, assi porque no ay mayorazgo, como porque quando durara tuuo libre disposicion del, por la reserua de alterar, o quitar. Que de los bienes de su padre no se hizo inuentario, porque embargò el Visitador los muebles, y de los rayzes, consta por la fundacion del mayorazgo. Que el inuentario de su madre, passò ante Diego de Ledesma Escriuano del Numero desta Villa, de donde le podrà sacar quien quisiere, *mem.num.126.*

137 Pero se responde, que el mayorazgo se ha de continuar en los parientes transuersales, y el vsufruto, que se dexò al fundador, que sobreuiuiesse; vino a reduzirse a vnos moderados alimentos con la carga de las situaciones, y empleos referidos en el *num.130.* y todo se confirmò con clausulas de irreuocabilidad, que solo permitieron a ambos fundadores, quitar, o añadir condiciones, y llamamiẽtos, sin que el vno solo pudiesse alterar el mayorazgo, a que se añadieron despues las aprouaciones, y reconocimientos de doña Ana, como se prouò en el primer articulo: y assi en esta parte la respuesta presupone lo que ya quedò alli disputado, y no puede acomodarse al punto de la reconuencion.

138 Tampoco se satisfaze a la exhibicion del inuentario del Doctor Francisco de Sande, porque le deuio hazer doña Ana por todos los titulos referidos en el *num.130.* y no es verisimil, que dexasse de hazerle, faltando a to

ble omiſsion,yno puede aprouecharla el ſubterfugio del embargo,porque ſe hazia a diferente fin,y ſi ſe hizo de todos los bienes muebles , antes auia de facilitar el inuentario,ordenandole por el miſmo embargo. Demas de que los cargos de la viſita ſe compuſieron en 4U.ducados, y doña Ana, como curadora de ſus hijos,cobrò la partida de los 18U575.ducados,y porla miſma razon ſe le entregarian los demas bienes embargados,de que entõces deuio hazer inuentario,quando no le huuieſſe hecho antes,y aſsi la reſpueſta es ſoſpechoſa, e inueriſimil , y dà bien a entender , como por todos los medios poſsibles ſe trata de defraudar el mayorazgo.

139 El inuentario de los bienes de doña Ana de Meſa , le deue excluir doña Maria,porque es ſu heredera,como lo preſupone la demanda,y pide ſu legitima,y pretende ſacar muchas partidas del mayorazgo , y para todos eſtos intentos , le obſta mucho el no preſentar el inuentario. Demas , de que los bienes de ambos fundadores , quedaron tan vnidos por las clauſulas del mayorazgo,que no ſe puede ſeparar la cuenta de los vnos , y los otros,y ha de empeçarſe por los inuentarios,como ſe notò en el n.

140 Del diſcurſo deſte papel entendemos,que ſe dexa conocer claramente quan ſuperior es la juſticia de don Franciſco de Meſa, y conſortes , en todos los articulos del pleito ; y aſsi eſperamos ſe determinarà en ſu fauor. Saluo,&c.

Con Priuilegio, En Madrid En la Imprenta Real ; año 1640.